This is a digital copy of a book that was preserved for generations on library shelves before it was carefully scanned by Google as part of a project to make the world's books discoverable online.

It has survived long enough for the copyright to expire and the book to enter the public domain. A public domain book is one that was never subject to copyright or whose legal copyright term has expired. Whether a book is in the public domain may vary country to country. Public domain books are our gateways to the past, representing a wealth of history, culture and knowledge that's often difficult to discover.

Marks, notations and other marginalia present in the original volume will appear in this file - a reminder of this book's long journey from the publisher to a library and finally to you.

Usage guidelines

Google is proud to partner with libraries to digitize public domain materials and make them widely accessible. Public domain books belong to the public and we are merely their custodians. Nevertheless, this work is expensive, so in order to keep providing this resource, we have taken steps to prevent abuse by commercial parties, including placing technical restrictions on automated querying.

We also ask that you:

+ *Make non-commercial use of the files* We designed Google Book Search for use by individuals, and we request that you use these files for personal, non-commercial purposes.

+ *Refrain from automated querying* Do not send automated queries of any sort to Google's system: If you are conducting research on machine translation, optical character recognition or other areas where access to a large amount of text is helpful, please contact us. We encourage the use of public domain materials for these purposes and may be able to help.

+ *Maintain attribution* The Google "watermark" you see on each file is essential for informing people about this project and helping them find additional materials through Google Book Search. Please do not remove it.

+ *Keep it legal* Whatever your use, remember that you are responsible for ensuring that what you are doing is legal. Do not assume that just because we believe a book is in the public domain for users in the United States, that the work is also in the public domain for users in other countries. Whether a book is still in copyright varies from country to country, and we can't offer guidance on whether any specific use of any specific book is allowed. Please do not assume that a book's appearance in Google Book Search means it can be used in any manner anywhere in the world. Copyright infringement liability can be quite severe.

About Google Book Search

Google's mission is to organize the world's information and to make it universally accessible and useful. Google Book Search helps readers discover the world's books while helping authors and publishers reach new audiences. You can search through the full text of this book on the web at `http://books.google.com/`

Über dieses Buch

Dies ist ein digitales Exemplar eines Buches, das seit Generationen in den Regalen der Bibliotheken aufbewahrt wurde, bevor es von Google im Rahmen eines Projekts, mit dem die Bücher dieser Welt online verfügbar gemacht werden sollen, sorgfältig gescannt wurde.

Das Buch hat das Urheberrecht überdauert und kann nun öffentlich zugänglich gemacht werden. Ein öffentlich zugängliches Buch ist ein Buch, das niemals Urheberrechten unterlag oder bei dem die Schutzfrist des Urheberrechts abgelaufen ist. Ob ein Buch öffentlich zugänglich ist, kann von Land zu Land unterschiedlich sein. Öffentlich zugängliche Bücher sind unser Tor zur Vergangenheit und stellen ein geschichtliches, kulturelles und wissenschaftliches Vermögen dar, das häufig nur schwierig zu entdecken ist.

Gebrauchsspuren, Anmerkungen und andere Randbemerkungen, die im Originalband enthalten sind, finden sich auch in dieser Datei – eine Erinnerung an die lange Reise, die das Buch vom Verleger zu einer Bibliothek und weiter zu Ihnen hinter sich gebracht hat.

Nutzungsrichtlinien

Google ist stolz, mit Bibliotheken in partnerschaftlicher Zusammenarbeit öffentlich zugängliches Material zu digitalisieren und einer breiten Masse zugänglich zu machen. Öffentlich zugängliche Bücher gehören der Öffentlichkeit, und wir sind nur ihre Hüter. Nichtsdestotrotz ist diese Arbeit kostspielig. Um diese Ressource weiterhin zur Verfügung stellen zu können, haben wir Schritte unternommen, um den Missbrauch durch kommerzielle Parteien zu verhindern. Dazu gehören technische Einschränkungen für automatisierte Abfragen.

Wir bitten Sie um Einhaltung folgender Richtlinien:

+ *Nutzung der Dateien zu nichtkommerziellen Zwecken* Wir haben Google Buchsuche für Endanwender konzipiert und möchten, dass Sie diese Dateien nur für persönliche, nichtkommerzielle Zwecke verwenden.

+ *Keine automatisierten Abfragen* Senden Sie keine automatisierten Abfragen irgendwelcher Art an das Google-System. Wenn Sie Recherchen über maschinelle Übersetzung, optische Zeichenerkennung oder andere Bereiche durchführen, in denen der Zugang zu Text in großen Mengen nützlich ist, wenden Sie sich bitte an uns. Wir fördern die Nutzung des öffentlich zugänglichen Materials für diese Zwecke und können Ihnen unter Umständen helfen.

+ *Beibehaltung von Google-Markenelementen* Das "Wasserzeichen" von Google, das Sie in jeder Datei finden, ist wichtig zur Information über dieses Projekt und hilft den Anwendern weiteres Material über Google Buchsuche zu finden. Bitte entfernen Sie das Wasserzeichen nicht.

+ *Bewegen Sie sich innerhalb der Legalität* Unabhängig von Ihrem Verwendungszweck müssen Sie sich Ihrer Verantwortung bewusst sein, sicherzustellen, dass Ihre Nutzung legal ist. Gehen Sie nicht davon aus, dass ein Buch, das nach unserem Dafürhalten für Nutzer in den USA öffentlich zugänglich ist, auch für Nutzer in anderen Ländern öffentlich zugänglich ist. Ob ein Buch noch dem Urheberrecht unterliegt, ist von Land zu Land verschieden. Wir können keine Beratung leisten, ob eine bestimmte Nutzung eines bestimmten Buches gesetzlich zulässig ist. Gehen Sie nicht davon aus, dass das Erscheinen eines Buchs in Google Buchsuche bedeutet, dass es in jeder Form und überall auf der Welt verwendet werden kann. Eine Urheberrechtsverletzung kann schwerwiegende Folgen haben.

Über Google Buchsuche

Das Ziel von Google besteht darin, die weltweiten Informationen zu organisieren und allgemein nutzbar und zugänglich zu machen. Google Buchsuche hilft Lesern dabei, die Bücher dieser Welt zu entdecken, und unterstützt Autoren und Verleger dabei, neue Zielgruppen zu erreichen. Den gesamten Buchtext können Sie im Internet unter `http://books.google.com` durchsuchen.

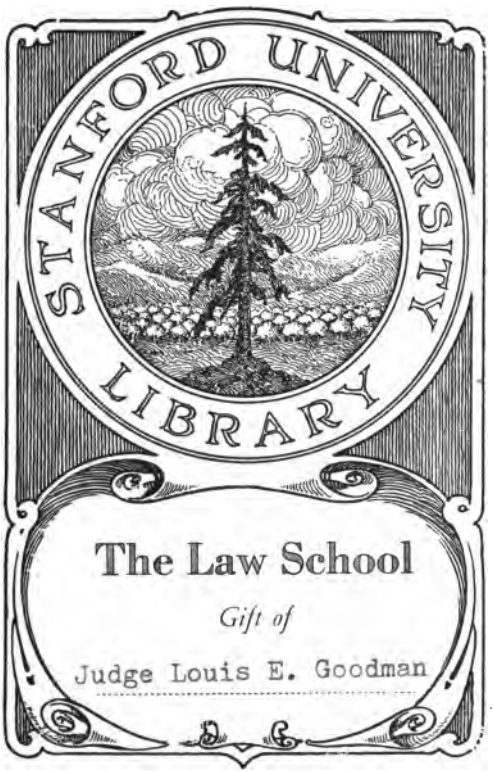
rucht op : Rückert

STANFORD UNIVERSITY LIBRARY

The Law School

Gift of

Judge Louis E. Goodman



JLG
LRW
Y Sk

Untersuchungen

über

das Sachenrecht der Rechtsbücher,

zunächst

des Sachsenspiegels.

Von

Dr. Ludwig Rückert.

Leipzig.
J. C. Hinrichs'sche Buchhandlung.
1860.

Inhaltsübersicht.

Seite

§. 1. Einleitung 1

Erster Theil.

Systematische Erörterungen allgemeineren Inhalts.

§. 2. Gegen die übliche Gruppirung der dinglichen Rechte (Bestimmung des Eigenthums nach seiner Qualität) 11

Bisherige Aufstellungen über den Begriff des Eigenthums . 12

Das Eigenthum als die durch keinen (positiven) Zweck beschränkte Herrschaft (die Mannichfaltigkeit, nicht die Totalität der Herrschaft) 15

Gewisse von den Romanisten als jura in re aliena behandelte Rechte (Nießbrauch, Emphyteuse, Lehen) sind nach der Qualität des Inhalts dem Eigenthum gleich, lassen also ein gleichzeitiges Eigenthum nicht zu 18

§. 3. Fortsetzung (Bestimmung des Eigenthums nach seiner Quantität) 25

Die Wiederruflichkeit der Herrschaft und das Veräußerungsrecht 25

Es muß neben dem Eigenthum und den jur. in re aliena eine dritte Gruppe von dinglichen Nutzrechten statuirt werden, welche keine jura in re aliena sind, weil nicht durch einen specifischen Zweck bestimmt, aber auch nicht Eigenthum, weil sie eine revocable Herrschaft enthalten: Nießbrauch, Recht des Ehemanns an Dotalsachen, Lehen, Emphyteuse, und verwandte Rechte an Bauergütern, Stammguts- und Fideicommißrecht 29

§. 4. Vom Besitz (der juristische Besitz ist ein Recht) . . 33

Bedürfniß, ein Besitzesrecht zu formuliren 33

Grund der Interdicte 38

Seite

Der juristische Besitz ist (giebt) ein Recht, das seinen concreten Inhalt den entsprechenden petitorischen Rechten entlehnt; nur enthält das Besitzesrecht als solches keinen Vermögenswerth, ist also kein Vermögensrecht 42

§. 5. Fortsetzung (Voraussetzungen des Besitzesrechts) 46

Bestimmung des äußeren Factums 46

Gegen die ungebührliche Ausdehnung der Annahme einer detentio nomine alieno 53

Bestimmung des animus possidendi 56

§. 6. Ueber die Gränze der Dinglichkeit 60

Zweiter Theil.

Die Gewere.

§. 7. Geschichte des Wortes gewere 69

„Gewere“ (vestitura) bezeichnet ursprünglich einen bei der Uebertragung von Grundstücken üblichen Act, so genannt wegen der dabei vorkommenden Formalität einer wirklichen Bekleidung 69

Die bis zu Ende der ersten Periode durchaus vorherrschende Form der Uebertragung war ein außergerichtlicher Act vor Zeugen, nicht die gerichtliche Auflassung . . . 73

Mit diesem Act mußte eine Besitzesübergabe verbunden werden; dagegen brauchte sie nicht zu der gerichtlichen Auflassung, soweit diese überhaupt schon vorkam, hinzuzutreten 87

Zerfahrenheit des Sprachgebrauchs in Betreff des Wortes gewere (vestitura), als die gerichtliche Auflassung üblicher wurde: Anwendung des Wortes einerseits auf die bloße (für den Uebergang des Rechts unwesentliche) Besitzesübergabe, und resp. auf den Besitz selbst, anderseits Uebertragung desselben auf die gerichtliche Auflassung und resp. das dingliche (Vermögens-) Recht 96

Versuch der Rechtsbücher, und insbesondere des Sachsenspiegels, aus der zweifachen Bedeutung eine allgemeine, das Wort zu einem generellen Ausdruck des Sachenrechts zu machen 101

§. 8. Gewere als dingliches Vermögensrecht 107

Die in §. 2. erwähnten Nutzrechte stehen nach den Rechtsbüchern zu dem Eigenthum nicht in dem Verhältniß eines

Seite

jus in re aliena, sondern in dem Verhältniß einer gegenwärtigen (lediglichen) zu einer eventuellen Gewere . . . 107

Bemerkungen über das Pfandrecht der Rechtsbücher . . . 116

Anfängliches Widerstreben der Rechtsanschauung gegen eine unmittelbare Bestellung eventueller Rechte 123

§. 9. Gab es eine Gewere an Obligationen? . . . 129

Es ist allerdings eine Gewere des Entlehners und Miethers anerkannt 123

Dagegen kennt der Sachsenspiegel keine Gewere des Rentengläubigers an seiner Forderung. Widerlegung der dem Lehnrecht entnommenen Argumente für eine solche Gewere (len ane gewere darvet der volge) 133

Erst spätere Quellen haben einen Besitz von Reallasten, dessen Ursprung im canonischen Recht zu suchen ist 150

§. 10. Gewere als Besitzesrecht 154

Der Besitzesschutz als Grund, daß die Rechtsbücher den Ausdruck gewere in seiner doppelten Bedeutung, als eine Bezeichnung sowohl des dinglichen (Vermögens-) Rechts, wie des Besitzes beibehielten 154

Ueber den Beweisvortheil.

Unterschied des ältesten und mittleren Rechts in dieser Beziehung 156

Wie mußte die dingliche Klage begründet werden? . 160

Der Beweisvortheil ist nach den Rechtsbüchern in letzter Linie kein Beweisrecht, sondern eine Freiheit von der Beweislast; nur durch die vollständige Einseitigkeit des Beweisverfahrens entsteht ein anderer Anschein 169

Der Beweisvortheil knüpft sich an den fehlerlosen Besitz 175

Consequenzen der Behauptung, daß der Beweisvortheil eine Freiheit von der Beweislast sei, für das Bestehen eines Besitzesrechts. Es gab einen Schutz des bloßen Besitzes; nur sind Possessorium und Petitorium äußerlich noch nicht getrennt 177

Es konnte nicht bloß wegen Entziehung, sondern auch wegen Störung des Besitzes geklagt werden 178

Auch eine äußere Trennung des Possessoriums und Petitoriums findet, wenn nicht nach dem Sachsenspiegel, doch nach andern mittelalterlichen Rechtsquellen statt; anderseits auch schon nach dem Sachsenspiegel im Fall eines jährigen Besitzes 183

Seite

Warum ist in den Rechtsbüchern keine der romanistischen Doctrin entsprechende Unterscheidung von Besitzesarten, und nicht die entsprechende Abgränzung des juristischen Besitzes gegen die detentio nomine alieno zu finden? 185

§. 11. Rechte Gewere 188

Zur Geschichte des Instituts. Dasselbe muß wahrscheinlich bis an die karolingische Zeit hinaufgerückt, und seine Entstehung an das Aufkommen der gerichtlichen Auflassung angeknüpft werden 188

Die rechte Gewere giebt nicht bloß ein selbständiges Vertheidigungsrecht, und gewisse processualische Vortheile 194

Sie ist auch nicht eine bloße Extinctivverjährung, sondern eine Ersitzung 199

§. 12. Hand muß Hand wahren 205

Ueber den Gesichtspunkt der Regel im Allgemeinen . . . 205

Unterscheidung eines materiellen Bestandtheils der Regel (der Eigenthümer soll die freiwillig aus den Händen gegebene Sache zu Gunsten des dritten redlichen Erwerbers verlieren), und eines formellen Bestandtheils (der Eigenthümer soll die Sache nur durch Vermittelung des Empfängers zurückerhalten). Motivirung des letzteren durch die Ersatzpflicht des Empfängers 208

Welche Klage hat der Empfänger? 212

Die dingliche Klage gegen den Empfänger selbst ist dem Eigenthümer nicht entzogen 213

Er kann die Sache auch vindiciren, wenn sie in dritte Hände kam, während der Empfänger sie ihm widerrechtlich vorenthielt 215

Der Satz cessirt, wenn die Sache von dem Empfänger verschenkt wurde 219

Ist bona fides des dritten Erwerbers nöthig, und erwirbt er das Eigenthum? 220

Modification des im Sachsenspiegel enthaltenen Satzes in andern Rechtsbüchern 222

Späteres Schicksal des Satzes. Sein formeller Bestandtheil in den neuern Gesetzbüchern aufgegeben; der materielle dagegen beibehalten und durchgebildet 224

§. 1.

Einleitung.

Es ist üblich geworden, in die Erörterung einer Materie durch eine Zusammenstellung und Kritik der bisherigen Arbeiten einzuführen, und dieser Gebrauch hat ohne Zweifel seine Berechtigung. Wenn anders die Absicht nicht auf einen bloßen Aufputz gerichtet ist, oder darauf, dem eignen Werk eine Folie zu geben, und darum von vorn herein von einem getreuen Eingehen auf die fremden Ansichten abgestanden wird, ist eine derartige Zusammenstellung nicht bloß eine zweckmäßige Vorbereitung, sondern mehr als das, ein Stück der Sache selbst. Denn nicht häufig wird eine zu bekämpfende Ansicht schlechthin unrichtig, und nicht vielmehr das einseitige Festhalten und Uebertreiben eines richtigen Gedankens sein; und wenn die Ansammlung solcher vor der Kritik bestehenden Residuen die Deduction der eignen Ansicht erspart, so wird sich dabei eine größere Schärfe dieser als Mehrgewinn ergeben.

Gleichwohl glauben wir hier von einem solchen Verfahren abstehen zu müssen.

Denn wenn wir auch absehen von so manchen Phantastereien und Declamationen, die neben vielen sachlichen Abhandlungen die Literatur unseres Gegenstandes aufweist, so ist sie doch von einer Beschaffenheit, daß die Mühe einer systematischen Vereinigung der fremden Ansichten, welche ihre gegenseitige Stellung und ihr Verhältniß zu der eignen Meinung ins Klare bringt, durch den Gewinn nicht hinreichend aufgewogen wird.

Sie würde besser lohnen, wenn alle bisherigen Erörterungen dem Werke glichen, welches an der Spitze der einschlagenden Literatur steht.

Zwar sind, auch abgesehn von dem Ergebniß selbst, in Anbetracht nur der Methode, nicht unbegründete Vorwürfe gegen die Schrift Albrecht's erhoben worden. Es ist wahr, daß darin die Anerkennung einer Mannichfaltigkeit des Rechts, so wohl in Rücksicht auf die Geschichte, als bezüglich des Auseinandergehens der Particularrechte, unbillig versagt wird; daß überhaupt dem Stoffe zuweilen große Gewalt geschieht. Auch ist, wie behauptet werden muß, die Art, in welcher Albrecht eine Einheit des in den Rechtsbüchern niedergelegten Sachenrechts herstellt, in der Folge der Anlaß geworden zu einer allzu äußerlichen, formellen Behandlung desselben, bei welcher man mit dem bloßen Wort Gewere eine Untersuchung des praktischen Gehalts der sachenrechtlichen Institute sich ersparte.

Während aber diese Mängel in der Schwierigkeit, einen noch ganz rand- und bandlosen Stoff, und mit noch sehr dürftigem Werkzeug, zu formen, ihre Erklärung finden, steht das Werk Albrecht's jedenfalls ausgezeichnet da durch die Präcision, mit der die darin aufgestellten Ansichten formulirt sind, deren Verdienst nicht erst durch den Hinweis auf die damalige Beschaffenheit des von ihm betretenen Gebietes zur Anerkennung gebracht zu werden braucht; und es muß eingeräumt werden, daß seine Aufstellungen auch da, wo sie unrichtig sind, vermöge dieser präcisen Fassung der richtigen Ansicht besser Bahn brechen, als so manche Behauptung späterer Schriftsteller, die ihr näher kommt.

Nach ihm ist man zum Theil, wie Homeyer [1]), zunächst nur auf eine Zusammenziehung des unmittelbar in den Quellen enthaltenen Materials ausgegangen, indem man die systematischen Fragen noch mehr oder minder offen ließ [2]) — ein Verfahren, das als Reaction gegen die allzu subjective Behandlung des Gegenstandes durch Albrecht wohl berechtigt war; oder man hat sich auch, wie Gerber [3]), geradezu zur geringschätzigen Verneinung eines Zusammenhangs veranlaßt gefunden. So weit man aber eine systematische Reproduction des in den Rechtsbüchern enthaltenen Materials anstrebt, und anderseits sich nicht an Albrecht anschließt, gehen die Ansichten in so mannichfacher Weise

1) Sachsenssp. II, 2, S. 402 — 425.

2) So auch noch neuerdings Stobbe, in der Encyklopädie von Ersch u. Gruber, Th. 65 (1857), S. 428 ff.

3) Zeitschr. f. Civilr. u. Pr., N. F., XI, 1; Deutsch. Privatr., §. 72 u. 73.

auseinander, und bedürfen die einen von ihnen auch in Rücksicht einer hinreichend scharfen Fassung noch dermaßen einer Nachhülfe, daß der Versuch, durch ihre Zusammenstellung in die Sache einzuführen, als ein allzu großer Umweg erscheint.

Wir begnügen uns daher, die Grundzüge unserer eignen Arbeit anzugeben, und fremde Ansichten allenfalls, soweit dieß hierdurch nahe gelegt wird, zu berühren.

Die Hauptschwierigkeit, welche das Sachenrecht der Rechtsbücher darbietet, besteht ohne Zweifel darin, daß dasselbe, in ihm herrschende, Wort Gewere sowohl für den Besitz, als für das dingliche Recht gebraucht wird. Durch diesen Umstand ist, wie uns scheint, Albrecht mit zu der Behauptung veranlaßt worden, die er als den Ausgangspunkt seiner Untersuchungen hinstellt (S. 125), daß die formelle Eigenschaft der Dinglichkeit (die dingliche Klage) niemals absolute, und eigenthümliche Eigenschaft gewisser Rechte, sondern unabhängig von dem materiellen Charakter des Verhältnisses einer Person zur Sache nach eignen Regeln in dem Gebiete des Sachenrechts vertheilt sei, und daß das Verhältniß, vermöge dessen nach diesen eignen Regeln die dingliche Klage zustehe, eben durch „Gewere" bezeichnet werde.

Denn da er das Gemeinsame der beiden Fälle, für welche das Wort gebraucht wird, — zunächst wohl auch deshalb, weil er von einer falschen Etymologie, dem Wort wern = defendere, ausgeht — in dem Stattfinden eines Schutzes sucht, und doch auf der andern Seite, der üblichen Lehre nachgebend, sich nicht dazu verstehen kann, auch ein Besitzesrecht (jus possessionis) anzunehmen, so war ein Klagerecht, das eine materielle Berechtigung nicht voraussetzt, wenigstens von ihr ablösbar ist, als Bedeutung des Ausdrucks unmittelbar gegeben. Zur Befestigung dieser Annahme trug dann freilich auch der Satz: „Hand muß Hand wahren" wesentlich bei; und ebenso der Umstand, daß eine Gewere an Grundstücken in Verhältnissen vorkommt, die im römischen Recht als rein obligatorische behandelt werden.

Um sie zu würdigen, darf man nicht außer Acht lassen, daß es Albrecht vor Allem darauf ankam, die vornhin berührten Erscheinungen gegenüber dem römischen Recht und romanistischer Jurisprudenz durch eine feste Formulirung in möglichster Schärfe zu constatiren; und diesen Zweck hat Albrecht ohne Zweifel damit erreicht. Nichtsdestoweniger erblicken wir darin einen Satz, der einer Durchführung

widerſtrebt [4]), und wird uns der Umſtand, daß damit eine feſte Poſition gegen die Lehre der Romaniſten gewonnen wurde, nicht abhalten, ſie Behufs eines weiteren Vordringens aufzugeben.

---

4) Denn eine leere (im eignen Namen auszuübende) Klagemacht iſt überhaupt nicht denkbar, ſondern es muß mit der Klagemacht immer ein wirkliches Recht, welches durch Ertheilung der Klage anerkannt wird, verbunden ſein; und die Durchführung der Albrechtiſchen Annahme könnte nur ergeben, daß es eine Eigenthümlichkeit des deutſchen Rechts geweſen ſei, dingliche Rechte zugleich anzuerkennen, und nicht anzuerkennen. — Man kann im Privatrecht allerdings in mancherlei Beziehungen von einer Trennung des formellen und materiellen Rechts ſprechen. Allein in keiner, in welcher der Satz Albrecht's hinreichend gerechtfertigt wäre. So darf man gewiſſe Rechte als lediglich formelle bezeichnen, inſofern ſie keinen Vermögenswerth enthalten, der Vermögenswerth, um den es ſich handelt, vielmehr einem Andern zukommt. In dieſer Beziehung iſt der Ausdruck anwendbar auf das Beſitzesrecht, und ebenſo auf den einen — übrigens nicht den wichtigern — Beſtandtheil der Regel: Hand muß Hand wahren. Der Satz Albrecht's kann jedoch nach ſeiner allgemeinen Faſſung, und da er auf die Regel: „Hand muß Hand wahren" ſchlechthin, ſo wie auch auf die Gewere des Pächters und Miethers abzielt, in dieſem Sinn nicht genommen werden, und man kann ſeinen letzten Grund, abgeſehn von dem Beſitzesrecht, nur darin finden, daß das deutſche Recht eben eine dingliche Berechtigung anerkennt, wo das römiſche Recht keine ſtatuirt, und umgekehrt. —

Als derjenige unter den ſpätern Bearbeitern unſeres Gegenſtandes, welcher Albrecht, ohne ſich ihm unmittelbar anzuſchließen, am Nächſten komme, wird Delbrück (Zeitſchr. f. d. R. XIV, S. 207 ff.; und „Die dingliche Klage des d. R.") bezeichnet. Wir wollen auf ſeine Anſicht, die, wenn wir die Literatur der Gewere darzuſtellen beabſichtigten, vor vielen andern zu berückſichtigen wäre, wenigſtens mit einigen Worten eingehen, werden im Uebrigen Gelegenheit haben, auf ſie zurück zu kommen.

Obwohl Delbrück, wie Albrecht, in der Gewere ein Recht formeller Natur ſieht, ſo iſt doch die Verwandtſchaft ſeiner und der Albrechtiſchen Anſicht nicht ſo nah, wie es den Anſchein hat. Zwar legen wir kein Gewicht darauf, daß Delbrück die Gewere nicht, wie Albrecht, als Klagerecht, ſondern als Beweisrecht gefaßt haben will. Denn die beſondere Vertheilung des Beweisrechts, von der er handelt, iſt, trotz ſeiner entgegengeſetzten Behauptung, doch zugleich eine beſondere Vertheilung des Klagerechts. Allein der Ausgangspunkt iſt doch ein ganz anderer. Während ihn bei Albrecht — abgeſehn von der Beſitzesklage, mit der er ſich nur wenig beſchäftigt — der Satz: „Hand muß Hand wahren," und die Gewere des Pächters und Miethers bildet, iſt er bei Delbrück die relative Gliederung des Eigenthumsproceſſes. Das Ergebniß ſeiner Erörterungen iſt nicht, daß im deutſchen Recht die Ab-

Andere suchten der Doppelbedeutung von „Gewere" dadurch beizukommen, daß sie, sofern der Ausdruck auf das dingliche Recht geht, dieses als Besitzrecht (jus possidendi) bezeichneten [5]). Inzwischen fällt der Widerspruch, daß dasselbe Wort auf das bloße Factum und auf

---

hängigkeit der formellen Berechtigung von der materiellen aufgehoben werde, sondern es handelt sich bei ihm im Gegentheil um Einrichtungen, durch welche diese Abhängigkeit — bei den Schwierigkeiten, auf welche ihre Durchführung in Rücksicht des Beweises stößt — wenigstens in möglichst annähernder Weise hergestellt werden soll; und es ist ein großes Verdienst Delbrück's, die Stufenfolge relativer Gründe für den Sieg im Eigenthumsproceß — resp. relativer Berechtigungen, deren Schutz dem Schutz des Eigenthums dient — eingehend erörtert zu haben. Inzwischen können wir seinen Aufstellungen keineswegs durchweg beitreten.

So geht er nach unsrer Ansicht zu weit, wenn er absolute Erwerbsarten des Eigenthums, welche sich für den Beweis eigneten, ganz und gar in Abrede stellt. Ferner ist allerdings zuzugeben, daß die relative Gliederung des Eigenthumsprocesses im deutschen Recht eine andere und reichere ist, als im römischen; allein von der Bedeutung, die er in dieser Hinsicht dem ehemaligen bloßen Besitz zuschreibt, haben wir uns nicht überzeugen können; und ebenso stimmen wir ihm nicht bei, wenn er den Sieg im Streit um eine Sache (zunächst das Beweisrecht) von gewissen relativen Gründen abhängen, und doch immer das Eigenthum selbst den Klagegrund bilden läßt (s. über diese Punkte §. 11; über den letzten insbesondere Anm. 145).

Endlich ist nicht einzuräumen, daß die relative Gliederung des Eigenthumsprocesses dazu dienen kann, den zwiefachen Gebrauch des Wortes Gewere zu erklären. Delbrück glaubt sie, indem er von der Bedeutung „Besitz" ausgeht, hierzu benutzen zu können, weil nach ihm jene Stufenfolge von relativen Gründen für den Sieg in dem Streit um eine Sache gerade durch verschiedne Arten des Besitzes gebildet wird. Von dem Besitz als Grund der zum Sieg führenden Beweisrechte läßt er das Wort auf diese selbst, und dann auch auf das durch sie vertretene Eigenthum u. s. w. übergehen. Allein, wie schon bemerkt, hat nach unserer Ansicht der ehemalige Besitz die Bedeutung nicht, die ihm Delbrück zuschreibt, weder insofern, als er für sich allein einen Grund für die Behauptung der Sache abgegeben, noch insofern, als er immer diesen Grund wenigstens mitgebildet hätte. Abgesehen davon aber scheint uns, daß wenn das Recht und das Factum, welches ihm gegenüber tritt, durch dasselbe Wort bezeichnet werden, der Widerspruch darum noch nicht wegfällt, weil dieses Recht zunächst nur ein Surrogat des Eigenthums u. s. w. ist, und sich darauf stützt, daß eben jenes Factum ehemals auf der andern Seite vorgelegen hat. —

5) So Zöpfl, Deutsche Rechtsgeschichte (3te Aufl.), S. 732 ff.; und Stobbe, a. a. O., S. 430, 448. Auch Homeyer, a. a. O., S. 420.

das Recht geht, wie augenscheinlich ist, damit nicht weg, daß das Factum auch — und zwar nur unter Anderem — den Inhalt des Rechts bildet. Und wenn er hiermit keinenfalls beseitigt wird, so könnte, wie ich glaube, auch seine Entstehung nicht auf diese Weise erklärt werden. Freilich kann unter Umständen von den rechtswidrigen Vorgängen abstrahirt werden, vermöge deren Factum und Recht in einen Gegensatz treten, und es ist daher ein an seinem Ort durchaus nicht auffallender Sprachgebrauch, wenn auch h. z. T. „Besitz" für „Eigenthum," „Grundbesitz" für „Grundeigenthum" u. s. w. gesagt wird. Allein dieß kann doch unmöglich — wenigstens nicht, wenn es sich um eine wiederkehrende Ausdrucksweise handelt — für ein Feld gelten, das gerade um deswillen angebaut wird, weil Rechtswidrigkeiten, und also ein Gegensatz von Factum und Recht, vorausgesetzt werden; und wenn immerhin die Rechtswissenschaft auf einer sehr niedrigen Stufe stände. Reicht aber einmal dieser Gesichtspunkt nicht aus, um die Entstehung des Widerspruchs zu erklären, so ist um so mehr geltend zu machen, daß jene Uebersetzung von „Gewere" eher zur Verwirrung, als zur Verständigung beiträgt.

Noch häufiger, als daß man eine auf die gedachte Weise vor sich gegangene Verirrung des Sprachgebrauchs annimmt, findet es sich, daß man — und zwar wiederum mit gleichzeitiger Bezugnahme auf den Satz: Hand muß Hand wahren — die beiden Dinge selbst, den Besitz und das dingliche Recht, in gewissem Maß in einander übergehen läßt [6]), indem man davon spricht, daß die mittelalterliche Rechtsanschauung ein großes Gewicht auf die „sinnliche Seite" des dinglichen Rechts, auf „das sichtbare Band zwischen der Person und der Sache" gelegt, daß das „natürliche Element" (der Besitz) im deutschen Sachenrecht vorgewaltet habe, daß dasselbe „überwiegend als Besitztheorie auftrete" u. s. w. Diese Ansicht ist einer Durchführung nicht fähig, und wird auch meist nur beiläufig geäußert. Denn was kann, darüber hinaus, daß zur Uebertragung des dinglichen Rechts die Tradition nöthig gewesen sei [7]),

6) S. z. B. Gaupp, Zeitschr. f. d. R. Bd. 1. S. 91, 94.

7) Und gerade in dieser Beziehung pflegt man, was die Uebertragung von Grundstücken anbelangt, dem Besitz keine, oder doch nur eine secundäre Bedeutung zuzuschreiben. — Der im Text nachher zu erwähnende Schriftsteller ist in diesem Punkt allerdings consequent.

Anderes darin liegen, als daß es im Mittelalter noch gar kein wirkliches Sachenrecht gegeben habe [8])?

Gleichwohl hat sich ein germanistischer Schriftsteller [9]) neuerdings einer Durchführung unterzogen, hat aber freilich damit nur, zur Nutzanwendung auf die Verfasser der Rechtsbücher, den Beweis geliefert, daß trotz juristischer Bildung eine vollständige Confusion des Besitzes und des dinglichen Rechts möglich ist.

Endlich hat es, wie noch zu bemerken ist, auch nicht an einem Versuch gefehlt, den Umstand, daß eine Gewere auch — und gerade vorzugsweise — dem zugeschrieben wird, der sich auf nichts, als das Factum des Besitzes berufen kann, möglichst zu ignoriren [10]).

Was unsere Ansicht anbelangt, so gehen wir davon aus, daß es sich bei der zwiefachen Bedeutung von „gewere" zunächst nicht darum handeln kann, den Widerspruch zu beseitigen, sondern nur darum, ihn zu erklären, und wir werden diese Erklärung durch eine Geschichte des Wortes gewere liefern. Inzwischen muß behauptet werden, daß in den Rechtsbüchern bereits ein Gesichtspunkt, wenn nicht ausgenutzt, doch schon gewonnen ist, unter welchem dieser zwiefache Gebrauch des Wortes nicht mehr als ein Widerspruch erscheint; und dieser Gesichtspunkt war gegeben mit dem Schutz des bloßen Besitzes, der nach den Rechtsbüchern bereits statt findet.

Wir nähern uns damit wieder der Ansicht Albrecht's. Nur ist zu erinnern, daß diese Vereinigung der zwei Bedeutungen von „gewere" keineswegs den Stamm wern = defendere zur Voraussetzung hat. Auch fällt, da nach unserm Dafürhalten mit dem Besitzesschutz auch ein Besitzesrecht (jus possessionis) besteht, für uns der Anlaß hinweg, die Gewere für ein von materieller Berechtigung unabhängiges Klagerecht zu erklären; und endlich wird noch der Beweis zu liefern sein, daß es

---

8) Abgesehn von der in Anm. 4. besprochenen Ansicht Delbrück's, mit der die oben erwähnten Aeußerungen nichts gemein haben.

9) Sandhaas, Germanist. Abhandl., II. — Eine Kritik der merkwürdigen Kunststücke dieses Schriftstellers geben Gerber, a. a. O., S. 49 — 54, und Stobbe, S. 483.

10) Stein, Untersuchungen über das deutsche Sachenrecht. Erl. 1857. — Das oben Gesagte zeigt sich namentlich darin, daß er den obersten Eintheilungsgrund der durch „Gewere" bezeichneten Verhältnisse in dem Gegensatz der rechten Gewere und der Gewährschaftsgewere findet.

nach den Rechtsbüchern in der That schon einen Besitzesschutz giebt — ein Beweis, mit dem sich Albrecht nur wenig beschäftigt, und dessen es um so mehr bedarf, als heute das Gegentheil für ausgemacht gilt.

Bezüglich des Satzes: „Hand muß Hand wahren" bemerken wir einstweilen nur, daß er mit der Schwankung des Wortes gewere zwischen dem Besitz und dem dinglichen Recht nicht in dem entferntesten Zusammenhang steht.

Abgesehen von dieser letztern Erscheinung nimmt man an dem Sachenrecht der Rechtsbücher hauptsächlich um deswillen Anstoß, weil einerseits die Gränze zwischen ihm und dem Obligationenrecht verwischt sei, anderseits die nothwendige Unterschiedenheit des Eigenthums von dem jus in re aliena fehle. Diesen Ausstellungen gegenüber sind zum Theil die Thatsachen, auf welche man sich beruft, zu leugnen; zum andern Theil sind sie allerdings zuzugeben, wird aber auch die darin sich äußernde Eigenthümlichkeit der Rechtsbücher trotz der herrschenden Doctrin zu rechtfertigen sein. Wir werden zu diesem Behuf, und um unsere Ansicht über den juristischen Besitz zu begründen, mit Erörterungen allgemeineren Inhalts beginnen, die gegen die übliche Systematik der Romanisten gerichtet sind.

Zuvor nur noch eine Bemerkung über unser Verfahren in dem Theil, welchen diese allgemeinen Erörterungen vorbereiten sollen, wenn wir uns darin mehr, als vielleicht wünschenswerth erscheint, auf den Sachsenspiegel beschränken. Dieß wird jedenfalls insoweit keiner Entschuldigung bedürfen, als damit die Nothwendigkeit einer in gewissem Maß selbständigen Behandlung der einzelnen Quellen, oder doch einzelner Kreise von ihnen, anerkannt ist, und wir uns scheuen, einer Methode zu nahe zu kommen, bei welcher Zeugnisse von ganz verschiedener Herkunft wie Stellen eines Gesetzbuches behandelt werden. Dieß zugegeben, haben wir nur anzuführen, daß wir es für eine Aufgabe halten, die füglich getrennt werden darf, einerseits principielle Fragen zu lösen, die eine — im Vergleich zur Darstellung anderer Materien — sehr beschwerliche Abstraction nöthig machen, und anderseits in einer der Mannichfaltigkeit des mittelalterlichen Rechts entsprechenden Weise in die Breite zu gehen. Daß für die Lösung jener Fragen der Sachsenspiegel den wichtigsten Ausgangspunkt bildet, wird nicht in Abrede gestellt werden.

Erſter Theil.

Syſtematiſche Erörterungen allgemeineren Inhalts.

§. 2.

Gegen die übliche Gruppirung der dinglichen Rechte. (Bestimmung des Eigenthums nach seiner Qualität.)

Dem Sachenrecht, welches in den deutschen Rechtsbüchern des Mittelalters dargestellt ist, wird nicht selten der Vorwurf gemacht, daß ihm die erforderliche „Gliederung" gänzlich abgehe, und gewiß ist allerdings, daß der scharfe Gegensatz von Arten der dinglichen Herrschaft, welchen das römische System zeigt, darin nicht zu finden ist. Allein es scheint uns auch, daß bei jener „Gliederung" des römischen Sachenrechts das Gleichartige des Eigenthums und der übrigen dinglichen Rechte ganz unbillig in den Hintergrund gestellt wird, gleich als wenn die Verschiedenheit ihrer juristischen Natur fast unmittelbar auf dem Punkt begänne, auf dem sich die dinglichen Rechte eben erst von den Obligationen geschieden haben.

Im Allgemeinen dieß nachzuweisen, liegt unserm Interesse ferner, und würde vielleicht auch ohne Erfolg von uns versucht werden. Denn es handelt sich hierbei um eine Eigenthümlichkeit nicht des Rechts, sondern der Jurisprudenz, nicht des Stoffes, sondern der Systematik; und da im corpus juris ein bis zu den allgemeineren Begriffen fertiges System nicht gegeben ist, so würden wir uns darauf beschränken müssen, auf Anzeichen einer zur gemeinsamen Substanz der dinglichen Rechte nicht hinlänglich vordringenden Anschauung aufmerksam zu machen, die am Ende doch einen genügenden Beweis nicht liefern.

Näher geht uns dagegen der — anderseits auch nicht erst eines Beweises bedürftige — Umstand an, daß im römischen Rechtssysteme wiederum die besonders nahe Verwandtschaft des Eigenthums mit ge-

wissen Rechten zurücktritt, die nach unserer Ansicht mit Unrecht in die Kategorie der jura in re aliena gezwängt werden. Wir wollen im Folgenden versuchen, diese Ansicht zu begründen, und haben zu diesem Behuf auf den Begriff des Eigenthums einzugehen.

Zunächst überblicken wir die bisherigen Versuche, ihn, mit Rücksicht darauf, daß zugleich mit dem Eigenthum andere dingliche Rechte an derselben Sache bestehen können, festzustellen.

Diesem gleichzeitigen Stattfinden des Eigenthums und anderer Rechte an derselben Sache suchte man früher durch eine Scheidung der s. g. Proprietäts- und der bloßen Nutzungsrechte zu entsprechen [11]). Nur die ersteren sollten wesentlich, die letzteren zwar eine regelmäßige Folge der Proprietät, aber für den Begriff nicht nothwendig sein. Allein weder war diese Aufzählung von Proprietätsrechten eine Bestimmung des Begriffs, noch trifft es sich, daß sich dieselben überall da vorfinden, wo man Eigenthum anzunehmen pflegt.

Nicht besser steht es um eine von Hasse [12]) vorgeschlagene Formulirung des Begriffs: „Eigenthum ist das Recht, jede nicht überhaupt verbotene Verfügung über die Substanz oder über die Früchte einer speziellen körperlichen Sache ausschließlich vorzunehmen, insofern nicht irgend ein anderes Individuum zu einer bestimmten Verfügung der Art besonders ex quavis causa befugt, oder doch berechtigt ist zu verlangen, daß die Ausübung derselben unterlassen werde." Dieser Vorschlag ist ganz in der Weise des früher gebräuchlichen „Definirens" gemacht, bei welchem man glaubte, den Begriff eines Dinges gegeben zu haben, wenn man es mit Worten abgefangen hatte. Denn die Definition sagt nicht viel mehr [13]), als: Eigenthum ist die Herrschaft über eine Sache, welche unbeschränkt ist, wenn sie nicht beschränkt ist.

Später hat man allerdings eingesehen, daß weder mit einer Aufzählung einzelner Befugnisse noch mit derartigen „Definitionen" der Sache eine Genüge geschieht, hat aber dafür, indem man das Eigenthum schlechtweg als die totale Herrschaft über die Sache bestimmt, den

---

11) S. z. B. Glück, Bd. 8, VI, 1.

12) Beitrag zur Rev. der Gütergemeinsch., S. 28.

13) Etwas mehr allerdings insofern, als Hasse damit, wie aus dem darauf Folgenden hervorgeht, auch auf die Präsumtion einer Unbeschränktheit hinweisen will.

Umstand, daß gleichzeitig noch andere Rechte an der Sache statt finden können, ganz ignorirt, oder darauf verzichtet, ihm gerecht zu werden.

So äußert sich v. Scheuerl [14]) folgendermaßen über diesen Punkt: „Diese Ansicht (daß das Eigenthum durch Servitutenbestellung nicht intensiv verringert werde) könnte sich dadurch empfehlen, weil das Eigenthum seinem Begriff nach in der Vereinigung aller denkbaren Befugnisse an der Sache, zu deren Herrn es macht, besteht, so daß man glauben könnte, eine Beschränkung könne nicht in der Lostrennung von Befugnissen bestehen, wenn nicht das Eigenthum ganz aufgehoben werden solle. Dies wäre aber ein entschiedener Irrthum. So wenig in der Natur jedes concrete Ding seinem Begriff vollkommen entspricht, so wenig wir ferner einen Menschen darum nicht mehr für einen Menschen halten werden, weil er ein einzelnes Glied seines Leibes verloren hat, ebensowenig wird das Eigenthum aufhören, Eigenthum zu sein, aus welchem eine oder mehrere bestimmte einzelne Befugnisse veräußert sind."

Es ist darauf zu erwiedern, daß wenn es Menschen ohne Arme oder Beine geben kann, man die Arme und Beine, wenn schon in eine Beschreibung, doch nicht unmittelbar in den Begriff des Menschen hereinnehmen wird; daß im Uebrigen das Beispiel insofern nicht passend gewählt ist, als die Beschränkung des Eigenthums, z. B. durch Prädialservituten, keineswegs so zufällig ist, wie das Fehlen von Leibesgliedern.

Aehnliches gilt von folgender Aufstellung von Vangerow's [15]): „Das **dominium** besteht nur in der rechtlichen Möglichkeit, alle an einer körperlichen Sache denkbaren Befugnisse auszuüben, im Falle keine besondern Schranken gesetzt sind. Es ist also an sich unbeschränkt, und besteht in der Totalität aller an einer Sache denkbaren Befugnisse, aber es duldet Beschränkungen, und es ist, wenn dieselben auch noch so weit gehen, immer noch Eigenthum, wenn nur die rechtliche Möglichkeit bleibt, daß jene Unbeschränktheit von selbst wieder eintritt, sofern die gezogenen Schranken wegfallen. Hieraus ergiebt sich leicht der Unterschied zwischen **dominium** und **jus in re aliena**. Das letztere ist seinem Begriff nach beschränkt, der Inhaber hat immer nur einzelne be-

14) Zeitschr. für geschichtl. Rechtswissensch. XII, 7.
15) Leitfaden, I, §. 295.

ſtimmte Befugniſſe; und mögen dieſe auch noch ſo ausgedehnt ſein, ſo kann doch ſein Recht nie und unter keiner Vorausſetzung unbegränzt werden, wenn es ſich nicht in Eigenthum umwandeln ſoll. Das dominium dagegen iſt ſeinem Begriff nach unbeſchränkt, und wenn die materiellen Befugniſſe des Inhabers auch noch ſo begränzt ſind, ſo ſind die Gränzen doch immer nur temporär, und es bleibt ſtets die Möglichkeit, daß die urſprüngliche Unbeſchränktheit wiederkehre."

Sollte hiermit nur geſagt ſein, daß das Eigenthum, wenn auch beſchränkt, doch nicht, wie das jus in re aliena, ſeinem Begriff nach beſchränkt ſei, ſo wäre gegen die Richtigkeit dieſer Aufſtellung nichts einzuwenden. Nur iſt damit, daß bloß geſagt wird, was der Begriff nicht verbietet, nicht, was er fordert, eine genügende Beſtimmung des Eigenthums noch nicht gegeben. Die zu Ende des angeführten Ausſpruches ſtehenden Worte laſſen es jedoch als die Meinung des Rechtsgelehrten erſcheinen, daß zu dem Begriffe des Eigenthums die Unbeſchränktheit gehöre, und es iſt daher gegen dieſe Formulirung deſſelben dasſelbe einzuwenden, was wir auf die Aeußerung Scheuerl's erwiedert haben, daß nämlich der Begriff eines Dinges ſich immer und überall bewahrheiten muß. Wenn Bangerow insbeſondere fortfährt: „und wenn die materiellen Befugniſſe des Inhabers auch noch ſo begränzt ſind, ſo ſind die Gränzen doch immer nur temporär," ſo ſcheint damit auf das hingedeutet zu werden, was man ſonſt wohl natürliche Freiheit des Eigenthums nennt. Die Freiheit des Eigenthums, wenigſtens des Grundeigenthums, iſt indeß ſo wenig natürlich, daß gewiſſe Beſchränkungen, wie die Prädialſervituten, im Allgemeinen vorausſichtlich gar nicht, im einzelnen Fall doch jedenfalls nur ganz zufälliger Weiſe aufhören werden.

Andere laſſen nur die Ausübung gewiſſer Eigenthumsbefugniſſe durch die jura in re aliena beſchränkt ſein. Allein ein Recht, das nicht ausgeübt werden kann, iſt kein Recht. So beliebt früher die Unterſcheidung zwiſchen dem Recht ſelbſt, und der Befugniß ſeiner Ausübung war, ſo wird doch entſchieden zu behaupten ſein, daß Beides völlig identiſch iſt. Eine ſolche Trennung iſt in gewiſſen Fällen eine bequeme und unſchädliche Ausdrucksweiſe; auch behaupten wir keineswegs, daß in allen Fällen, in welchen man zu ſagen pflegt, daß eine Perſon nur die Befugniß habe, das Recht eines Andern auszuüben, dieſe Perſon das ganze Recht des Letzteren haben müſſe. Allein das

muß festgehalten werden, daß zwischen dem Recht und seiner Ausübung nicht noch eine Befugniß zur Ausübung in der Mitte steht, daß daher, wo die rechtliche Möglichkeit der Ausübung nicht vorhanden ist, immer auch wenigstens ein Bruchtheil des Rechtes selber fehlt.

Dieser Ausweg, das Bestehen von Rechten, welche das Eigenthum beschränken, mit dem Begriffe desselben als der totalen Herrschaft zu vereinigen, ist daher ebensowenig zulässig, als die wunderliche Aufstellung Anderer [16]), welche die jura in re aliena für Rechte an Rechten erklären.

Auch damit, daß das Eigenthum für ein „Recht der Pertinenz" (res ad me pertinet) erklärt wird [17]), ist der Sache keine Genüge gethan. Diese Bestimmung tritt, wie mir scheint, dem Begriff des Eigenthums nicht näher, als die frühere Definition, daß es das jus in re nostra sei. Sie verdient aber um deswillen erwähnt zu werden, weil sie nur einer nicht ganz ungebräuchlichen Anschauung zum Ausdruck verholfen hat, deren Eigenthümlichkeit darin besteht, daß man, anstatt einen Willensinhalt vor Augen zu haben, der in Zuständen der Sache und in Einwirkungen auf sie ausmündet, sich die abstracte Sache an den inhaltslosen Willen wie mit einem Strick angebunden denkt.

Neuerdings hat man den Charakter des Eigenthums in der Unbestimmtheit, den des jus in re aliena in der Bestimmtheit der Herrschaft gesucht [18]), und damit ist man, wie mir scheint, seinem Begriffe am Nächsten gekommen. Nur bedarf diese Charakteristik noch einer Ausführung, damit es nicht scheine, als ob das Eigenthum als das undefinirbare Recht definirt werden solle, und ist eine Consequenz derselben, daß die Gruppirung der dinglichen Rechte, wie sie im corpus juris vorgezeichnet ist, aufgegeben werden muß.

Da wo die Herrschaft über eine Sache sich in Eigenthum und ein wirkliches jus in re aliena theilt, wird die Vorstellung nahe liegen, daß man in dem Eigenthum den farbloseren und platten, in dem jus in re aliena den gefärbteren und herausgetriebenen Theil der Herrschaft habe. Diese Vorstellung ist begründet. Denn das jus in re hat eine concretere Gestalt, es ist durch einen specifischen Zweck bestimmt, während das Eigenthum nur den Zweck hat, schlechthin dem Willen zu

16) Düroi, Archiv f. C. Pr., VI, 14; Büchel, Civil. Erörter. No. 3.
17) Wirth, Beiträge zur Systematik.
18) Böcking, Pand. II, §. 2.

dienen — ein Zweck, mit dem sich alles Mögliche verträgt, der die größte Mannichfaltigkeit der in jenem enthaltenen Befugnisse zuläßt.

Es ist also unbestimmt, insofern es durch keinen ihm innewohnenden Zweck bestimmt ist, als den, welchen jedes Recht hat, den Willen zu realisiren; nur daß er an einer Sache sich verwirklichen muß. Dadurch daß noch ein andres, durch einen specifischen Zweck bestimmtes, Recht an der Sache stattfindet, wird allerdings auch das Eigenthum selbst bestimmt; allein diese Bestimmung ist eine bloße negative, äußerliche. Man kann freilich mit mehr oder minder Schwierigkeit, wie sie die Sprache darbietet, Alles, was man negativ ausdrückt, auch positiv ausdrücken, und umgekehrt. Allein man wird eine Kategorie in Vergleich mit einer andern dann eine positive nennen, wenn zu dem Merkmal, vermöge dessen sie der Gegensatz der andern ist, noch ein weiteres Merkmal hinzukommt, welches den Dingen, z. B. den Befugnissen, die durch sie zusammengefaßt werden, gemeinsam ist, und nicht auf dieser Entgegensetzung beruht; und eben dieß gilt von dem wirklichen jus in re aliena. Der Maßstab, nach welchem sein Umfang abgemessen werden kann, liegt in ihm selbst, resp. in einem Gegensatz, den wenigstens nicht das Eigenthum bildet, während der Umfang des letzteren nicht anders genau festzustellen ist, als durch Ausschluß der Befugnisse, die das entgegenstehende jus in re aliena ausmachen [19]).

---

19) Wir berühren hier — weil man auch abgesehn von der Tendenz, an der Unbeschränktheit des Eigenthums fest zu halten, in der Regel Bedenken in dieser Beziehung hat — die Frage, inwiefern die Prädialservituten losgetrennte Eigenthumsbefugnisse sind.

Wenn man dieß rücksichtlich der positiven Prädialservituten nicht einräumen zu können glaubt, so liegt der Grund darin, daß man die fragliche Eigenthumsbefugniß nicht völlig, auch der Zeit und dem Raume nach, concret bestimmt. Dem Eigenthümer, auf dessen Grundstück eine Wegegerechtigkeit ruht, fehlt freilich nicht das abstract gefaßte Recht, selbst über das Grundstück zu gehen; wohl aber das Recht, zu derselben Zeit denselben Weg zu nehmen, wie der Servitutberechtigte.

Anders bei den negativen Servituten. Hier vermag man einen dem Eigenthum entnommenen Inhalt nicht zu entdecken, weil man nicht daran denkt, die Realität eines dinglichen Rechts auch in Zuständen der Sache zu suchen — ein Punkt, auf den wir (bei Gelegenheit des Besitzes) noch zurückkommen werden. Man bestimmt die negative Servitut als das Recht, dem Eigenthümer eine Handlung zu verwehren. Das ist jedoch eine Umschreibung. Die

Da durch „Zweck" schon ausgedrückt ist, daß es sich um eine positive Bestimmtheit handele, so können wir bei der vorhin gegebenen Charakteristik stehen bleiben, und weil der allgemeine Zweck — den Willen zu realisiren — durch welchen allein das Eigenthum bestimmt wird, nicht von der Art ist, daß er irgend eine die Sache betreffende Handlung ausschließt, so dürfen wir das Eigenthum auch als die durch keinen Zweck beschränkte Herrschaft charakterisiren. Allerdings ist somit die Unbeschränktheit, auf die man in der einen oder andern Weise immer wieder recurrirt, für den Begriff des Eigenthums relevant, und zwar nicht bloß so, daß sie durch den Begriff zugelassen, sondern so, daß sie durch ihn gefordert wird; allein diese Unbeschränktheit ist nicht die Totalität, sondern nur die vollkommene Mannichfaltigkeit der Herrschaft.

Warum mit der totalen Herrschaft gerade jenes unbestimmte Residuum und nicht das positiv bestimmte Recht, das mit dem Eigenthum an derselben Sache möglich ist, in eine Kategorie fällt, ist leicht zu sehen. Denn bei der totalen Herrschaft ist derselbe Mangel an Einheit der in ihr enthaltenen Befugnisse vorhanden, wie bei jenem; sie kann durch keine positive Kategorie erschöpft werden; und eben deshalb kann nicht bloß, sondern muß bei einer Theilung der ganzen Herrschaft der eine Theil immer ein mannichfaltiges, unbestimmtes Residuum von Herrschaft sein.

Die Totalität der Herrschaft war auch der ursprüngliche Charakter des Eigenthums. Denn das abstracte, noch gar nicht zubehauene Recht, das keinen Zweck hat, als dem Willen, bez. dem Eigensinn, des Berechtigten zu dienen, ist älter als die Rechte, denen specifische Zwecke gesetzt sind, als Prädialservituten, usus, Faustpfandrecht, und damit

---

Servitut ist unmittelbar auf einen gewissen Zustand, die servitus altius non tollendi z. B. auf einen gewissen Höhezustand des dienenden Gebäudes, gerichtet. Allerdings aber ist die auf diesen Zustand gerichtete Befugniß nicht ganz aus dem Eigenthum herausgenommen; denn auch der Eigenthümer kann das Höherbauen verwehren; sondern nur in einem ideellen Theil. Der Servitutberechtigte hat in dieser Beziehung ein Mitrecht an der Sache. Dieses Verhältniß verkennt namentlich v. Scheuerl (Zeitschr. f. gesch. Rechtsw. XII, S. 242 ff.), der im Uebrigen den Satz, daß die Servitutenbestellung eine Lostrennung von Eigenthumsbefugnissen ist, insbesondere gegen Bangerow, vertheidigt.

iſt denn auch die erſt durch das Gegenübertreten ſolcher Rechte beſchränkte Herrſchaft jünger, als die totale.

Dieſer Umſtand, und daß das Eigenthum an einem großen Theil der Sachen, den beweglichen, noch immer regelmäßig eine in jeder Hinſicht abſolute Herrſchaft iſt, darf uns aber nicht abhalten, einen Begriff des Eigenthums aufzuſtellen, der ſich überall bewahrheitet; und in dieſem Begriff kann nur feſtgehalten werden, daß es, wenn auch beſchränkt, doch nicht von innen heraus, durch einen ihm innewohnenden Zweck, beſchränkt iſt. Tritt dem Eigenthum ein jus in re aliena gegenüber, ſo fällt damit die Totalität der Herrſchaft trotz aller Fictionen und Diſtinctionen weg; es bleibt aber dieſelbe Mannichfaltigkeit der darin enthaltenen Befugniſſe; das Eigenthum wird beſchränkt, ohne darum an Einheit zu gewinnen.

Eine Conſequenz dieſes Begriffes iſt nun, daß die im corpus juris vorgezeichnete Gruppirung der dinglichen Rechte aufgegeben werden muß. Denn rückſichtlich gewiſſer Rechte, die dort als jura in re aliena behandelt ſind, oder in Anſchluß an das corpus juris als ſolche behandelt werden, können wir nicht zugeben, daß ſie neben einem gegenwärtigen Eigenthume beſtehen, müſſen wir vielmehr behaupten, daß ihr Inhalt der Qualität nach dem des Eigenthums völlig gleich iſt. Wir bemerken nur, bevor wir dieß ausführen, daß es ſich hier bloß darum handelt, dieſe Rechte aus dem Gebiet der jura in re aliena hinauszuweiſen. Der Platz, den ſie ſtatt des bisherigen einzunehmen haben, kann erſt angegeben werden, nachdem das Eigenthum in einer zweiten Beziehung — nach ſeiner Quantität — beſtimmt ſein wird.

Unſere Behauptung geht zunächſt den ususfructus an, in Betreff deſſen wir unmittelbar von der Definition der Quellen ausgehen können: Ususfructus est jus alienis rebus utendi fruendi, salva rerum substantia [20]).

Es iſt leicht zu ſehen, daß der Nießbrauch nach dieſer Definition kein gleichzeitiges Eigenthum duldet. Denn er ſelbſt iſt die mannich-

20) Oeſterr. Geſetzb. §. 563: Die Fruchtnießung iſt das Recht, eine fremde Sache mit Schonung der Subſtanz ohne alle Einſchränkung zu genießen. Code civ. art. 578: L'usufruit est le droit de jouir des choses dont un autre a la proprieté, comme le propriétaire lui-méme, mais à la charge d'en conserver la substance.

faltige, durch keinen Zweck beschränkte Herrschaft, als welche wir das Eigenthum bestimmt haben. Ein positiv beschränktes Recht dagegen ist das Recht, oder vielmehr Mitrecht des angeblich gegenwärtigen Eigenthümers auf Erhaltung der Substanz, welches, wenn man es als dingliches Recht fassen will, einer negativen Servitut viel ähnlicher, als dem Eigenthum ist.

Zwar pflegt man aufzustellen, daß die Sache beim usus fructus nur dem persönlichen Bedürfniß diene; allein diese Aufstellung hat, so richtig sie rücksichtlich des usus ist, beim Nießbrauch keinen Sinn mehr.

Beim usus dient die Sache nicht dem Willen schlechthin, nicht jedem Begehren des Berechtigten, sondern einem in zwiefacher Hinsicht positiv bestimmten Begehren.

Dasselbe ist einerseits dem Maß nach, wenngleich nicht nach dem Maß der bloßen Nothdurft, beschränkt, was freilich, eben weil nicht die bloße Nothdurft maßgebend ist, erst da hauptsächlich praktisch wird, wo nur noch uneigentlich von einer Beschränkung auf das Bedürfniß gesprochen werden kann; insofern nämlich, als dem Usuar ein Umsatz der Nutzungen nicht zusteht. Auch wenn ich die Früchte der Sache umsetze, dient sie meinem Bedürfniß. Nur insofern dieser Umsatz ein Maß der Benutzung voraussetzt, welches, die Möglichkeit eines Tausches hinweggedacht, Vergeudung sein würde, kann man das Verbot eines Umsatzes unter jenen Gesichtspunkt bringen; genauer gesagt, kommt es hier nicht darauf an, daß die Sache bloß dem Bedürfniß, sondern darauf, daß sie nur dem den nutzbaren Eigenschaften der Sache selbst entsprechenden Bedürfniß dienen soll. Damit fällt denn dieser Punkt zugleich unter den weiteren Gesichtspunkt, daß das Begehren, welches durch den usus befriedigt werden kann, auch seiner Art nach beschränkt ist, nach welchem anderseits der Usuar nur soweit berechtigt ist, als nach objectiven Regeln die ökonomische Bestimmung des Gegenstandes reicht; wenn immerhin der bloßen Laune ein gewisser Spielraum bleiben wird.

Ganz anders ist es beim Nießbrauch. Daß dieser mit dem Leben der berechtigten Person aufhört, ist ein Umstand, der wenigstens dann ganz unrichtig als eine Beschränkung des Rechts auf das persönliche Bedürfniß bezeichnet wird, wenn damit auf einen concreter bestimmten Inhalt, als welchen das Eigenthum hat, hingewiesen werden soll. Er betrifft nicht die Qualität, sondern die Quantität der Herrschaft, von der im nächsten §. die Rede sein soll. Jene ist trotz desselben ebenso mannich-

faltig, wie das Eigenthum. Durch das Mitrecht des künftigen Eigenthümers auf Erhaltung der Subſtanz wird der Uſusfructus ebenſo äußerlich, bloß negativ, beſchränkt, wie das Eigenthum durch eine Servitut. Sofern nur der Uſufructuar die Subſtanz der Sache ſchont, darf die Sache nicht bloß ſeinem Bedürfniß, ſondern ſchlechthin ſeinem Willen, ſeinem Eigenſinn, dienen, und während der Uſus ein, wenn auch praktiſch vielleicht bedeutungsloſes, Reſiduum von Herrſchaft beſtehen läßt, welches dem durchaus unbeſchränkten Eigenthum durch den Mangel eines ſpecifiſchen Zweckes gleich iſt, bleibt bei einem Uſusfructus dem künftigen Eigenthümer keine die Sache betreffende Handlung übrig, die ihm der Eigenſinn des Nutznießers nicht verwehren dürfte. Auch kann hieran der Umſtand nichts ändern, daß die Subſtanz der Sache nicht nach der Beſtimmung, die ihr allgemeinen ökonomiſchen Regeln gemäß ertheilt werden kann, ſondern nach derjenigen, die ihr der Beſteller des Uſusfructus ertheilte, bemeſſen wird. Das Mitrecht des künftigen Eigenthümers auf Erhaltung der Subſtanz wird darum dem Eigenthum nicht ähnlicher.

Ob dieſes Recht auf Erhaltung der Subſtanz als ein dingliches anzuſehen ſei, kann bezweifelt werden. Die dingliche Klage, welche ihm entſprechen würde, wäre die **negatoria**. Inzwiſchen iſt es keineswegs ausgemacht, daß dieſes Rechtsmittel anders, als gegen Anmaßung von Servituten gebraucht werden konnte [21]); und von praktiſcher Bedeutung iſt als Mittel, durch welches das Intereſſe des Eigenthümers in dieſer Hinſicht gewahrt wird, jedenfalls nur die **cautio usufructuaria**. Wie dem aber auch ſei, ſo kann wegen dieſer wenn immerhin dinglichen Befugniß nicht von einem mit dem Nießbrauch gleichzeitigen Eigenthum geſprochen werden.

Daß die Quellen ein ſolches anerkennen, iſt allerdings außer Zweifel. So wenig wir indeß von dem in den Quellen niedergelegten Recht abgehen können, ſo wenig ſind wir an die bloße Jurisprudenz gebunden, welche ſie enthalten. Wenn nur der Stoff ſelbſt unangetaſtet bleibt, werden wir den darin aufgeſtellten ſyſtematiſchen Geſichtspunkten, ſofern ſie einen Widerſpruch ergeben, immer entgegentreten können. Es fragt ſich daher in dieſem Fall nur, wie es mit unſerer Behauptung zu vereinigen iſt, wenn dem künftigen Eigenthümer Dritten gegenüber ſchon jetzt die Eigenthumsklagen zugeſtanden werden.

21) Vgl. Schmidt in der Zeitſchr. f. g. R. XV, 2.

Es ist dieser Thatsache gegenüber geltend zu machen, daß die nämlichen Klagen, nach dem Effect, auf welchen sie gerichtet sind, betrachtet, auch dem Usufructuar zustehen. Denn wenn immerhin seine Klage als eine Vindication nur des Nießbrauches bezeichnet wird, so ist sie doch eine Vindication der körperlichen Sache selbst, nicht einer **res incorporalis**, und resp., sofern sie als Surrogat der **negatoria** aufgeführt wird, die Abwehr einer die körperliche Sache selbst betreffenden Einwirkung. Soll daher nicht dieselbe dingliche Befugniß Mehreren **in solidum** zustehen, so muß die der beiderseitigen Klage entsprechende Berechtigung auf der einen Seite eine bloß relative sein, und es kann, da der Eigenthümer dem Usufructuar weichen muß, nicht fraglich sein, auf welcher Seite. Diese relative Berechtigung kann man als eine relativ dingliche bezeichnen; genauer gefaßt aber, ist sie nur eine Summe von persönlichen Ansprüchen gegen alle Personen außer dem Usufructuar. Der Willensinhalt des künftigen Eigenthümers stimmt mit dem Recht nur insofern überein, als er Unterlassungen Dritter, nicht insofern er Einwirkungen auf die Sache oder Zustände derselben zum Gegenstand hat, wenngleich die factische Folge seiner Klage, so lange der Usufructuar von seinem Recht keinen Gebrauch macht, eine Herrschaft über die Sache sein kann. Jener ist vermöge der Eigenthumsklagen näher, die Sache zu beherrschen, als Dritte, aber darum noch nicht dinglich berechtigt; und durch diese Klagen ist somit ein gegenwärtiges Eigenthum so wenig gegeben, als durch das Mitrecht an der Substanz.

Puchta [22]) spricht die Ansicht aus, daß innerhalb der Gränzen des Servitutenbegriffes der **usus** eigentlich die einzige Personalservitut sei, und daß der Nießbrauch einen von der Consequenz abweichenden, und nicht unbedenklichen Inhalt habe; und er giebt in Folge dieser Ansicht den **ususfructus** für das spätere, durch eine Erweiterung des **usus** entstandene Recht aus. Damit stimmen wir nach dem Bisherigen insofern überein, als der Nießbrauch einen für den Servitutenbegriff allerdings mehr als bedenklichen Inhalt hat. Im Uebrigen aber halten wir den Nießbrauch für das viel natürlichere und einfachere, und eben deshalb auch ältere Recht, und wir können in der entgegengesetzten, gewiß unrichtigen, Hypothese Puchta's nur einen Beleg erblicken, wie das

22) Pand. u. Vorles. §. 173.

Bemühen, eine wesentliche Gleichheit der beiden Rechte festzuhalten, eine unbefangene Beurtheilung derselben beeinträchtigt.

Die Inconvenienzen jener Systematik zeigen sich auch im ehelichen Güterrecht.

Einen Theil gewisser Systeme desselben stellt man unter die Kategorie des Dotalsystems, einen andern unter die des ehemännlichen Nießbrauchs, und, da man den Nießbrauch für eine Servitut ausgiebt, während man das Recht des Ehemanns am Dotalgut als Eigenthum gelten läßt, deutet man damit auf eine wesentliche Verschiedenheit des juristischen Princip's hin. Gleichwohl handelt es sich hierbei nur um Schattirungen eines principiell gleichen Systems, die sich zuweilen so nahe kommen, daß man in Zweifel sein muß, welcher von beiden Namen anzuwenden sei. Wenn man sich dazu verstände, den Nießbrauch als ein nach der Qualität seines Inhalts dem Eigenthum gleiches Recht anzuerkennen, so würde damit eine weit ebenmäßigere und anschaulichere Darstellung jener Materie gegeben sein.

Endlich ist auch noch auf das Institut des Quasiusfructus hinzuweisen. Dieser ist Eigenthum, und dennoch beruht der Gegensatz desselben zum wirklichen Usufructus lediglich darauf, daß mit der Verbrauchbarkeit der Sache die Möglichkeit einer künftigen Berechtigung des andern Theils schwindet. Wenn mit dem Wegfall dieser Möglichkeit schon der Uebergang zum Eigenthum bewerkstelligt ist, so spricht dieß gewiß nicht für eine mit einem gleichzeitigen Eigenthum wohl verträgliche Qualität des Usufructus.

In Bezug auf Emphyteuse [23]) und Lehen war es früher gebräuchlich, von einem dominium utile oder Nutzeigenthum im Gegensatz zu einem dominium directum oder Obereigenthum zu sprechen. Die heutige Doctrin hat diese Terminologie beseitigt, und man glaubt, eine recht glückliche Reform vollbracht zu haben, indem man diese Rechte als jura in re aliena behandelt.

Freilich liegt nun in der Annahme eines zwiefachen Eigenthums

23) Bezüglich der Superficies ist nichts Besonderes zu bemerken. Was namentlich die neben der Klage des Superficiars noch anerkannte Vindication des Eigenthümers anbelangt, so gilt dasselbe, was in Betreff des Nutznießers ausgesprochen wurde. Eine Bemerkung, zu der der Umstand veranlaßt, daß man schon in der Regel: „Omne quod inaedificatur cedit solo“ einen hinreichenden Grund erblickt, die Superficies als jus in re aliena zu behandeln, gehört in den nächsten §. (S. Anm. 27.)

ein Widerſpruch, oder doch ein Verzicht auf eine vollſtändige Analyſe des Verhältniſſes. Allein die heutige Doctrin läßt ruhig den gleichen Widerſpruch beſtehen, indem ſie das Eigenthum als die totale Herrſchaft beſtimmt, und daneben ein Recht beſtehen läßt, das doch jedenfalls auch eine Art von Herrſchaft über die Sache iſt; und es gehört zur Signatur dieſer juriſtiſchen Richtung, daß die logiſchen Scrupel ſchweigen, ſobald ein concreteres Denken erforderlich iſt, um den Widerſpruch zu empfinden. Wenn aber hiernach die eine, wie die andere Aufſtellung logiſch unhaltbar iſt, ſo zeigt die ältere Doctrin darin wenigſtens einen größeren Tact, daß ſie nicht den bloßen Schatten eines Rechts für das beſſere Recht ausgiebt [24]).

Gerber, der das Lehen mit ganz beſonderer Genugthuung zu einem jus in re aliena herabſetzt, äußert ſich über das dem Lehensherrn angeblich verbleibende Eigenthum folgendermaßen: „Der Lehensherr iſt wirklicher Eigenthümer des Lehens, obſchon ihm durch die Rechte des Vaſallen der ſichtbarſte und materiellſte Gehalt des Eigenthums entzogen iſt. Während der Dauer des vaſallitiſchen Rechts äußert ſich daher das Eigenthum nur in der Abhängigkeit einer Veräußerung des Lehens durch den Vaſallen von der Zuſtimmung des Lehensherrn, in dem Rechte des letzteren, Deteriorationen des Lehens durch geeignete Maßregeln zu verhindern, in der Befugniß, für den Fall des Aufhörens der Vaſallenrechte ſchon jetzt über das Lehen zu disponiren, und gegen andere Perſonen als den Vaſallen auch während der Dauer des Lehensverbandes alle Rechte des Eigenthümers geltend zu machen.“

Von dieſen angeblich gegenwärtigen Befugniſſen des Lehensherrn müſſen zwei ſofort geſtrichen werden. Die Abhängigkeit einer Veräußerung des Lehens von der Zuſtimmung des Lehensherrn iſt, als ein Recht des Herrn gefaßt, das Revocationsrecht, welches ihm im Fall einer ohne ſeine Zuſtimmung vorgenommenen Veräußerung zuſteht, und dieſes iſt doch wohl nur ein eventuelles, nicht ein mit dem vaſallatiſchen gleichzeitiges Recht. Und ebenſo die Befugniß des Herrn, für den Fall des Aufhörens der Vaſallenrechte ſchon jetzt über das Lehen zu disponiren; die Möglichkeit einer Eventualbelehnung iſt — abgeſehn von der erſt im nächſten §. zu beantwortenden Frage, inwiefern das Veräußerungsrecht, und ſomit auch das Recht zu einer Belehnung ein Recht, im

24) Sehr gut wird ſie gegenüber der Annahme eines jus in re aliena in Schutz genommen von Bluntſchli, D. Privatr., §. 60.

eigentlichen Sinn ist — in dieser Hinsicht keinenfalls anders anzusehen, als daß das Lehen mit dem Aufhören der Vasallenrechte und in Ermangelung einer Eventualbelehnung an den Herrn selbst zurückfällt.

Es bleibt sonach nur das Mitrecht des Herrn auf Erhaltung der Substanz, und die Möglichkeit, Dritten gegenüber als Eigenthümer aufzutreten.

Da nun mit der Privation, welche die Folge einer Deteriorirung des Gutes sein kann, ebensowenig, wie mit der Revocation einer Veräußerung, mehr, als ein eventuelles Recht gegeben ist, so würde es sich, damit jenes Mitrecht für eine wahrhaft dingliche Befugniß erklärt werden dürfte, darum handeln, ob die actio negatoria auf dasselbe bezogen werden kann — eine Frage, die, wie schon bemerkt, keineswegs ausgemacht ist. Allein wenn auch eine dingliche Befugniß, ist dieses Mitrecht auf Erhaltung der Substanz darum doch noch kein Eigenthum; und ebenso ist in Bezug auf die Eigenthumsklagen, obwohl sie hier viel zweifelhafter sind, als im Fall eines Nießbrauches, dasselbe zu behaupten, was schon mit Rücksicht auf letzteren ausgesprochen wurde. Die ihnen entsprechende Berechtigung ist eine bloß relative; kein absolutes, dingliches Recht.

Der systematische Gesichtspunkt, aus welchem ein gleichzeitiges Eigenthum verneint werden muß, ist beim Lehen und den analogen Rechten an Bauergütern kein anderer, als beim Nießbrauch. Inzwischen sind diese s. g. jura in re aliena noch in einer zweiten Beziehung mit dem Eigenthum zu vergleichen, und wenn man in Anschlag bringt, daß die zuerst genannten Rechte auch in dieser Beziehung dem Eigenthum im Lauf der Zeit immer ähnlicher geworden sind, und das eventuelle Recht, dessen Schatten für gegenwärtiges Eigenthum ausgegeben wird, immer weiter in die Ferne getreten ist, so muß vorzugsweise in Bezug auf sie behauptet werden, daß die von uns bekämpfte Doctrin das wirkliche Verhältniß geradezu verkehrt, und eine sachliche Anschauung untergräbt, und es dürfen insbesondere auf das angeblich neben ihnen bestehende Eigenthum die Worte Justinians über das nudum jus Quiritium (L. u. C. VII, 25.) angewandt werden: „— nomen quod nihil ab aenigmate discrepat, nec unquam videtur, nec in rebus apparet, sed vacuum est et superfluum verbum, per quod animi juvenum, qui ad primam legum veniunt audientiam perterriti ex primis eorum cunabulis inutiles legis antiquae dispositiones accipiunt.“

§. 3.

Fortsetzung.
(Bestimmung des Eigenthums nach seiner Quantität.)

Wir haben im Vorhergehenden das Eigenthum nur nach der Qualität seines Inhalts bestimmt; es wird nunmehr zu fragen sein, inwiefern auch die Quantität der dort charakterisirten Befugnisse eine Bedeutung für seinen Begriff haben kann; oder um auch das in §. 2. besprochene Merkmal bildlich als eine quantitative Bestimmung aufzufassen — das Eigenthum ist bis jetzt nur nach seiner Breite bestimmt worden, und es ist nunmehr auch nach seiner Länge zu bestimmen. Es kommt hierbei die Wiederruflichkeit der Herrschaft, und das Veräußerungsrecht in Betracht.

Sofern die Ausübung der Herrschaft nicht in dem Verbrauch, oder überhaupt in der Zerstörung der Sache besteht, wird sie eine Wiederholung oder Fortsetzung zulassen; und mit Bezug darauf, daß die Ausübung derselben Befugniß öfter wiederholt, oder weiter fortgesetzt werden kann, sprechen wir von der Quantität der Herrschaft. Dabei kann eine Fortsetzung über das Leben einer bestimmten Person hinaus in Frage kommen, weil so lange eine Identität des Rechts angenommen wird, als das später berechtigte Subject seine Berechtigung von dem bisher Berechtigten ableitet.

Wiederruflich ist die Herrschaft dann, wenn sie eher aufhören kann, als ihr Zweck aufhört. Ein Recht, dem ein specifischer Zweck gesetzt ist, z. B. eine Prädialservitut, wird daher unwiederruflich sein können, ohne deshalb seiner Dauer nach unbegränzt zu sein. Der Zweck des Eigenthums aber, der ganz allgemein auf die Realisirung des Willens

gerichtet ist, setzt, wie er den zeitweiligen Inhalt der Herrschaft nicht beschränkt, so auch der Dauer keine Gränze. Ist daher eine durch diesen Zweck bestimmte Herrschaft unwiederruflich, so ist sie damit auch rechtlich unbegränzt.

Diese rechtliche Unbegränztheit der Herrschaft ist nun offenbar dann nicht vorhanden, wenn ein Anderer eine Berechtigung an der Sache erlangen kann, ohne sie von dem bisher Berechtigten abzuleiten, obgleich er sich auf einen derivativen Erwerb stützt; und diese Ableitung von dem bisher Berechtigten, die Auctorschaft desselben, fehlt einerseits in den Fällen, in welchen man dieß, wie bei dem mit dem Heimfall des Lehens, oder der Beendigung des usus fructus auflebenden Eigenthum, dadurch anerkennt, daß man nicht bloß ein anderes, sondern ein seiner Beschaffenheit nach ungleiches Recht annimmt, andrerseits insbesondere auch da, wo eine s. g. successio ex pacto et providentia majorum statt findet. Also bei Stammgütern und Fideicommissen, und beim Lehen in einer zweiten Beziehung.

Ein Zeichen der Unwiederruflichkeit ist das Recht, „die Sache" zu veräußern, und wir haben auf diesen Ausdruck, überhaupt auf das Veräußerungsrecht, näher einzugehen.

In der Regel wird das Veräußerungsrecht als eine einzelne im Eigenthum enthaltene Befugniß aufgefaßt. Dieß ist verkehrt, und es darf jedenfalls die Befugniß, die einer Veräußerung dienlichen Handlungen vorzunehmen nicht mit dem Veräußerungsrecht vermischt werden, dessen Wesen vielmehr darin besteht, daß wenn diese Handlungen vorgenommen werden, sie einen Uebergang des Rechts bewirken.

Das Veräußerungsrecht ist allerdings ein Recht. Dann aber nicht eine einzelne im Eigenthum u. s. w. neben andern enthaltene Befugniß, sondern das Eigenthum selbst, in einer alle darin enthaltenen Befugnisse ergreifenden Beziehung, das Eigenthum, insofern es fähig ist, auch so, daß es — als Recht dessen, dem man das Veräußerungsrecht zuschreibt — aufgehoben wird, und nachdem es aufgehoben ist, zur Ausübung zu gelangen.

Ich kann mein Eigenthum auch durch einen Andern ausüben, so daß sich durch seine Handlungen mein Wille realisirt. Allein es wird nur so lange als mein Recht fortbestehen, als ich von dem Willen des Andern wieder Umgang nehmen, z. B. dem Dienstboten, dem Verwalter, die Sache, die ich ihm anvertraute, wieder abnehmen kann.

Hier, bei der Veräußerung, lege ich auch meinen Willen in den eines Andern, und durch das, was dieser mit der Sache vornimmt, wird auch mein Eigenthum ausgeübt; allein ehe es zu dieser Ausübung kommt, hört es schon auf, mein Recht zu sein, weil ich nicht mehr von dem Willen des Andern Umgang nehmen kann.

Daß eine nicht mehr existirende Berechtigung ausgeübt wird, muß freilich dann auffallen, wenn man sich das Recht, um dessen Ausübung es sich handelt, wie einen körperlichen Gegenstand, mit dem handthiert wird, vorstellt. Inzwischen ist die Ausübung eines Rechts die Verwirklichung eines Gedankens; und dieser kann auch so zu seiner Verwirklichung gelangen, daß die rechtliche Nothwendigkeit derselben nicht mehr davon abhängt, daß er Inhalt meines Willens ist, während allerdings etwas darauf ankommt, daß er, wenn auch nur in ganz abstracter Gestalt, Inhalt meines Willens *gewesen* ist.

Das Veräußerungsrecht kann daher nicht verletzt werden. So lange ich den Eigenthümer von der Veräußerung abhalte, verletze ich wohl unter Umständen sein Eigenthum, aber nicht als Veräußerungsrecht. Denn als solches wird es erst ausgeübt, wenn der Wille des Andern die Sache ergriffen hat. Späterhin aber kann ich nur noch das Eigenthum des Andern, nicht mehr das schon untergegangene des Veräußerers verletzen. Will man nun — was man wohl darf, wenn man auf praktisch verwerthbare Begriffe ausgeht — ein Recht, dessen Ausübung auf diese Weise von seiner Existenz getrennt ist, nicht anerkennen, sondern als etwas dem Recht Wesentliches festhalten, daß es des Schutzes fähig und bedürftig sei, so erscheint das Veräußerungsrecht nur als die Voraussetzung für die Berechtigung eines Dritten, ist also eine mit dem Recht regelmäßig verbundene Fähigkeit, oder — wie man etwa sagen mag, um es von Voraussetzungen allgemeinerer Natur zu unterscheiden — *Macht* [25]) des Berechtigten, ver-

25) Wir adoptiren damit eine von *Brinz* (Pand. §. 23.) gebrauchte Terminologie. Nur sind wir nicht einverstanden, wenn *Brinz* zwar die Macht von der Befugniß unterscheidet, aber nur so, daß sie noch mehr sei, als eine bloße Befugniß. Sie ist vielmehr etwas ganz Anderes. Die Befugniß besteht darin, daß ich eine Handlung vornehmen darf, die Macht darin, daß gewisse Handlungen, von mir vorgenommen, gewisse rechtliche Wirkungen haben. So die Veräußerungsmacht, und die Klagemacht (während unter *Klagerecht* im eigentlichen Sinn nur das Recht, um welches ge-

möge deren ein Dritter Subject des Rechts werden kann; eine Macht, die, wie beim usus, mit der Qualität des Rechts, mittelbar auch etwa, wie beim Nießbrauch, der Emphyteuse, dem Lehen, mit seiner Quantität in Zusammenhang stehen kann, deren Fehlen oder Vorhandensein aber doch den Inhalt des Rechts selbst nicht alterirt.

Zweifelhaft scheint trotzdem, ob nicht zu dem Inhalt des Rechts die Befugniß, die „Sache" zu veräußern gehört; aber aus keinem andern Grund, als weil man mit diesem Ausdruck schon vorweg das zu veräußernde Recht kennzeichnet. Die durch keinen Zweck beschränkte, und ihrer Dauer nach rechtlich begränzte Herrschaft ist nämlich, insbesondere weil sie wegen der letzteren Eigenschaft erst mit dem Untergang der Sache selbst aufhört, vorzugsweise geeignet, mit dieser identificirt zu werden. Und so ist denn freilich damit, daß einer Person die Macht, die Sache zu veräußern, zugeschrieben wird, sofern der Satz: „Nemo plus juris ad alium transferre potest, quam ipse habeat" richtig ist, auch ein gewisser Inhalt des Rechts angezeigt; aber diese Macht ist doch nur das Zeichen eines solchen Inhalts, insbesondere einer unbeschränkten Quantität der Herrschaft, nichts den Inhalt selbst Bildendes; jedenfalls nicht eine einzelne neben andern dazu gehörige Befugniß.

Wenn im Uebrigen eine beschränkte Quantität des Rechts, m. a. W. seine Wiederruflichkeit, der Macht, die „Sache" zu veräußern widerspricht, und darin nur eine selbstverständliche Anwendung des Satzes: „Nemo plus juris transferre potest etc." liegt, so ist ebenso selbstverständlich, daß sie der Macht, das revocable Recht als solches zu übertragen, nicht im Wege steht. Wir heben dieß auch nur um deswillen hervor, weil es sich trifft, daß gleichwohl bei einem Theil der revocablen Rechte die Competenz, sie zu veräußern, fehlt, oder beschränkt ist.

So kann der Vasall nicht bloß — was sich von selbst versteht — die ihm verliehene „Sache" nicht veräußern, sondern ist auch eine

klagt wird, selbst, in dem Zustand der Verletztheit, verstanden werden kann). Die betreffende Klage kann Jeder anstellen, und wenn da, wo die Veräußerung durch Tradition bewirkt wird, nicht auch Jeder die Veräußerungshandlung vornehmen kann, so ist dieß doch als etwas in dieser Beziehung Zufälliges anzusehen; man braucht nur an eine Veräußerung durch Auflassung, oder bloßen Vertrag zu denken. Daß ich aber auf meine Klage wieder in mein Recht eingesetzt werde, und daß die von mir vorgenommene Veräußerungshandlung den Uebergang des Rechts bewirkt, das ist Folge der Klage- und der Veräußerungsmacht.

Veräußerung seines Lehnrechts ohne die Zustimmung des Herrn ungültig und obendrein mit einer Strafe bedroht. Der Emphyteuta muß die Anzeige der beabsichtigten Veräußerung machen, und ist wenigstens innerhalb gewisser Gränzen an den Consens des Gutsherrn gebunden. Der Usufructuar endlich soll „nur die Ausübung seines Rechts, nicht das Recht selbst" übertragen können, wenngleich gezweifelt werden darf, ob zwischen dieser Veräußerung „der bloßen Ausübung" und der vollkommenen Veräußerung des Usufructus noch ein wesentlicher Unterschied besteht [26]).

Der Hauptgrund dieser Beschränkung ist bei den zuerst genannten Rechten ohne Zweifel in dem mit ihnen zusammenhängenden persönlichen Verhältniß zu suchen. Wenn dagegen der Nießbrauch — selbstverständlich als ein immer nach dem Leben des Veräußerers zu bemessendes Recht — nicht vollkommen auf Andere übertragen werden kann, so fehlt in der That ein hinreichender innerer Grund. Daß hier, wie dort, die Wiederruflichkeit der Herrschaft mittelbar von Einfluß gewesen ist, läßt sich wohl denken; eine logische Consequenz derselben ist aber die Unzulässigkeit einer Veräußerung jedenfalls nicht.

Es ist nunmehr zu fragen, ob wir zu dem im vorigen §. erörterten Merkmal des Eigenthums, daß es das qualitativ durch keinen Zweck beschränkte Recht an einer Sache ist, auch noch das hinzufügen sollen, daß es seiner Quantität nach unbegränzt sei, m. a. W. ob zu der Mannichfaltigkeit der Herrschaft auch noch ihre Unwiederruflichkeit hinzutreten müsse.

Sofern man lediglich die Consequenz des Systems im Auge hat, kann man hierüber im Zweifel sein. Jedenfalls aber, mag man an diesem Merkmal festhalten, oder nicht, muß die bisher übliche Gruppirung der dinglichen Rechte aufgegeben werden, und was den Romanisten gegenüber zugestanden werden kann, ist nur dieß, daß im römischen Recht allerdings eine geringere Aufforderung hierzu liegt, als im deutschen.

Bei den Römern war das seiner Qualität nach absolute Recht ursprünglich durchgehends auch ein unwiederrufliches. Die weitere Entwickelung freilich, wie sie auf der einen Seite die Qualität desselben durch Servituten und Faustpfandrecht veränderte und an Stelle der Totalität der Herrschaft die bloße Mannichfaltigkeit derselben setzte,

26) Vgl. Dernburg, Ztschr. f. Civilr. u. Pr. II, 53—68.

begann auch in manchen Fällen, die Unwiederruflichkeit von einem im Uebrigen dem Eigenthum gleichen Recht abzulösen. Es entstand das Bedürfniß, der überlebenden Ehefrau, oder andern naheſtehenden Perſonen, ein Gut zu übermachen, ohne doch die Erben anders als zu Gunſten dieſer Perſonen ſelbſt zurückzuſetzen. Es bildeten ſich Inſtitute, vermöge deren die Herrſchaft über ein Gebäude oder ein ländliches Grundſtück in der Art übertragen wurde, daß dem Veräußerer ein Rückfallsrecht verblieb. Es wurde endlich für den Ehemann in Bezug auf Dotalſachen eine revocable Herrſchaft zugelaſſen, die im Uebrigen dem Eigenthum gleich war. Immerhin blieb die Vereinigung der beiden Momente die Regel. Anders im deutſchen Recht. Hier wurde nicht bloß der allmählich auf allen Seiten durchdringende Feudalismus zum Grund einer revocablen Herrſchaft, ſei es lehnrechtlicher, ſei es hofrechtlicher Art; ſondern es beſtand auch von Anfang an eine Gebundenheit des Grundbeſitzes zu Gunſten der Familie, die das Recht an Grundſtücken zum bloßen lebenslänglichen Nutzrecht machte — eine Einrichtung, von der in den Stammgütern ein Reſt geblieben iſt, und die anderſeits in den Familienfideicommiſſen eine Auffriſchung erhalten hat.

Was im römiſchen Recht Ausnahme war, war ſomit im deutſchen Recht rückſichtlich der Grundſtücke die Regel.

Wenn ſomit allerdings das Zahlenverhältniß der Fälle, welche zu der aufgeworfenen ſyſtematiſchen Frage Anlaß geben, in den beiden Rechten nicht gleich iſt, ſo liegt doch die Thatſache, daß ſich die Unwiederruflichkeit der Herrſchaft und ein dem des Eigenthums weſentlich gleicher Inhalt geſchieden hat, hier wie dort vor, und darf nicht ignorirt werden. Die bisherige Doctrin aber hat ſich nicht dazu verſtanden, ihr gerecht zu werden, ſondern theils, indem ſie die Unwiederruflichkeit des Eigenthums als Regel aufſtellte, doch wieder ausnahmsweiſe ein revocables Eigenthum, wie an den Dotalſachen, und an den Stamm- und Fideicommißgütern, zugelaſſen, theils ſich verheimlicht, daß eine Reihe von Rechten nur durch ihre Quantität vom Eigenthum verſchieden ſind.

Hält man feſt, daß für eine erſprießliche Syſtematik in erſter Linie die Qualität der Rechte entſcheidend ſein muß, daß alſo nicht gewiſſe Rechte bloß um der Unwiederruflichkeit willen, ohne Rückſicht auf jene, zum Eigenthum geſtempelt werden dürfen, noch weniger von einem Eigenthum geſprochen werden darf, wo überhaupt keine gegenwärtige dingliche Befugniß exiſtirt, ſo bleibt nur die Alternative, ent-

weder ausschließlich die Qualität des Inhalts zu berücksichtigen, und somit revocables Eigenthum zu statuiren, oder aber solches auszuschließen, und damit anzuerkennen, daß eine Sache einer privatrechtlichen Herrschaft unterworfen sein kann, ohne darum nothwendig in Eigenthum zu stehen.

Eine consequente Systematik wäre in beiden Fällen möglich. Es fragt sich nur, welche von den Vorstellungen, die in dem einen oder andern Fall aufgegeben werden müssen, tiefer wurzelt, und auf welche Weise in den bisherigen Gebrauch weniger tief eingeschnitten wird. Ich glaube, die Wahl kann in dieser Beziehung nicht zweifelhaft sein.

Der Versuch, jene angeblichen jura in re aliena, insbesondere den Nießbrauch, nicht bloß als Rechte, welche ein gleichzeitiges Eigenthum ausschließen, hinzustellen, sondern selbst für — revocables — Eigenthum zu erklären, würde ohne Frage eine unabsehbare Verwirrung bewirken. Auch ist anzuerkennen, daß, wenngleich das Eigenthum nicht als die totale Herrschaft über eine Sache bestimmt werden darf, die Totalität der Herrschaft doch bei einem großen Theil der Sachen, den Mobilien, die Regel bildet, und daß das Bedürfniß vorliegt, einen Begriff des Eigenthums zu haben, der jener Bestimmung wenigstens so nahe als möglich kommt. Dieß gilt aber von der mannichfaltigen, durch keinen Zweck beschränkten Herrschaft über eine Sache dann, wenn sie zugleich ihrer Quantität nach absolut ist. Der festbegründete Sprachgebrauch, welcher das Eigenthum an einer Sache mit dieser selbst identificirt, wird dann noch immer statthaft sein.

Auf der andern Seite aber wird man auch anerkennen, daß eine Sache einer privatrechtlichen Herrschaft unterworfen sein kann, ohne daß sie in Eigenthum steht, und wird dieß nicht dadurch, daß man Rechte, die dem Eigenthum ihrer Qualität nach wesentlich gleich sind, für jura in re aliena ausgiebt, durch Annahme eines dominium directum und utile, eines Gesammteigenthums, einer juristischen Person, oder andere dergleichen Fictionen zu bemänteln suchen, vielmehr eine dritte Gruppe von Rechten statuiren, die, ohne Eigenthum zu sein, doch ein gleichzeitiges Eigenthum ausschließen: Nießbrauch, Recht an Dotalsachen, Lehen, Emphyteuse [27]) und verwandte Rechte an Bauergütern, Stammguts- und Fideicommißrecht.

---

27) Auch die Superficies wird in diese Gruppe zu stellen sein; voraus-

Gegen das Eigenthum als die durch keinen Zweck beſchränkte und unwiederrufliche Herrſchaft gränzen ſich auf dieſe Weiſe von der einen Seite die jura in re aliena ab, als welche einen ſpecifiſchen Zweck haben, und jenes äußerlich beſchränken, von der andern Seite die genannten eigenthumähnlichen Nutzrechte, als welche eine revocable Herrſchaft enthalten.

Dieſe Art zu ſyſtematiſiren wird dem bisherigen Gebrauch keine allzugroße Gewalt anthun, und doch zu einer einfachern und anſchaulichern Darſtellung des Sachenrechts, wie ich glaube, weſentlich beitragen.

---

geſetzt jedoch, daß ſie auch als ein revocables Recht beſtellt iſt. Denn ſofern man die superficies bloß wegen der Regel: „Omne quod inaedificatur solo cedit“ als jus in re aliena behandelt, ſehe ich die Nothwendigkeit nicht ein, einen Satz, der hier einmal nicht mehr richtig iſt, durch eine Fiction aufrecht zu erhalten, nenne alſo das Recht geradezu Eigenthum.

§. 4.

Vom Beſitz.

(Der juriſtiſche Beſitz iſt ein Recht.)

Mit den vorangegangenen und unmittelbar folgenden Erörterungen bezwecken wir nur, eine Einleitung in das Syſtem der Rechtsbücher zu geben. Wir wollen hier nur neue Umriſſe des Sachenrechts zeichnen, um damit einer, wie wir glauben, ſubſtantielleren Anſchauung Bahn zu brechen, wie ſie zum Verſtändniß der Rechtsbücher erforderlich iſt. Es mag gewagt erſcheinen, in dieſer bloß ſkizzirenden Weiſe auf eine Lehre einzugehen, welche eine ſo reiche, und mit gefeierten Namen ausgeſtattete Literatur hat, wie die des Beſitzes. Gleichwohl iſt es für unſern Zweck unumgänglich, auch dieſen Begriff zu erörtern. Wir thuen es mit der Ueberzeugung, daß das, was wir hier andeuten, auch einer Begründung im Einzelnen fähig iſt, und beantworten zunächſt die Frage, welche für das Gewereſyſtem von beſonderm Intereſſe iſt: Handelt es ſich in der Lehre vom juriſtiſchen Beſitz um ein wirkliches Recht?

Die Frage iſt ſchon vielfach erörtert worden [28]), und die allgemeine Anſicht neigte ſich früher dahin, ein Beſitzes r e ch t anzuerkennen. Allein die Verſuche, den Gehalt dieſes Rechts feſtzuſtellen, liefen auf mancherlei Irrthümer hinaus, zu denen namentlich die Vermengung des **jus possessionis** mit dem, was durch „**jus possidendi**“ ausgedrückt wird, und der Gebrauch, dem Beſitzesrecht innerhalb der üblichen Eintheilung des Sachenrechts einen Platz anzuweiſen n e b e n dem Eigenthum und den übrigen dinglichen Rechten, während doch leicht erſichtlich

28) Vgl. B r u n s, der Beſitz, §. 31 u. 45; Z i e l o n a c k i, der Beſ. §. 31 — 36.

iſt, daß es dieſe Eintheilung durchkreuzt, und ſich mit verſchiedenartigem Inhalt durch die Reihe jener Rechte hindurchzieht.

Neuerdings iſt es wieder herrſchend geworden, in dem juriſtiſchen Beſitz ein bloßes Factum zu ſehen, und in einer der jüngſten Schriften über unſern Gegenſtand [29]) ſind nicht weniger als 13 Gründe hierfür angegeben, die freilich ſchon darum Bedenken erregen müſſen, weil eine Aufzählung von Gründen in der Regel ſtatt zu finden pflegt, wo eine innere Begründung fehlt.

Dieſe Verneinung eines Beſitzesrechts iſt allerdings ſehr erklärlich. Auch der juriſtiſche Beſitz ſteht, wie augenſcheinlich iſt, in einem ſcharfen Gegenſatz zu der an und für ſich beſtehenden Rechtsordnung, und an dieſem Gegenſatz hält man einfach feſt, anſtatt, ohne ihn zu verwiſchen, und trotz desſelben, den Schutz des bloßen Beſitzers auch wiederum mit der Rechtsordnung wahrhaft zu verknüpfen. Anderſeits correſpondirt der juriſtiſche Beſitz einer ganzen Reihe von Rechten, und es iſt die Gefahr vorhanden, daß entweder das Recht, welches man zu formuliren ſucht, ein vager und geſtaltloſer Begriff werde, oder man anderſeits durch eine concrete Formulirung jene allgemeine Beziehung vernichte. Gleichwohl genießt der Beſitzer einen Schutz; es kann ſich auf Grund des bloßen Beſitzes ein Willensinhalt mittelſt richterlicher Hülfe durchſetzen; und ich weiß nicht, was irgend noch zum Weſen eines Rechts gehören ſoll, als ein Willensinhalt, der fähig iſt, realiſirt zu werden, und deſſen Verwirklichung mit Hülfe der Obrigkeit erzwungen werden kann.

In der That liegt ein wiſſenſchaftliches Bedürfniß vor, den juriſtiſchen Beſitz als ein Recht zu faſſen, welches ſich nicht bloß in den wiederholten Verſuchen hierzu ausſpricht, ſondern auch in der üblichen Ausdrucksweiſe der Gegner, der Beſitz ſei ein Factum mit rechtlichen Folgen. Denn es wird damit nicht ſowohl ein Beſitzesrecht entſchieden geleugnet, als ein Verzicht ausgeſprochen, es zu formuliren. Daß das Wort Beſitz und possessio auch ein bloßes Factum bezeichnet, wird ſo leicht Niemand leugnen. Es handelt ſich nur darum für jene „rechtlichen Folgen" geradezu „Recht" zu ſetzen, und ein Recht zu begreifen, denen eben jenes Factum zur Vorausſetzung dient, wie andere Facta andern Rechten.

Wir wollen zunächſt noch die der unſrigen entgegengeſetzte Anſicht eines Schriftſtellers beleuchten, der in neueſter Zeit die Lehre vom Beſitz

29) Zielonacki, a. a. O.

umfassend behandelt hat, so wie die Ansicht Puchta's, der zuerst dem Bedürfniß, ein Besitzesrecht zu formuliren, durch eine tiefer eingehende Bestimmung des Begriffes entsprochen hat, ohne damit großen Anklang zu finden, und wollen alsdann selbst einen Versuch machen, den Gehalt des fraglichen Rechtes fest zu stellen.

Bruns, auf den sich unsere Worte bezogen, bestimmt den Besitz als thatsächliche Herrschaft; er sei kein Recht, wie Eigenthum, Obligation u. s. w., sondern Factum; allein das Factum des Besitzes werde, weil es factisches Dasein des Willens sei, des allgemeinen Rechts des Willens wegen, gegen Gewalt geschützt.

Das Princip dieses Schutzes giebt er in folgenden Worten (S. 491) an: „Der Wille ist an sich, seinem Wesen nach absolut frei, gerade die Anerkennung und Durchführung dieser Freiheit bildet das gesammte Rechtssystem. Zwang und Gewalt sind also im Allgemeinen schon an sich, ohne Rücksicht auf seine besondere Gesetzmäßigkeit Unrecht, gegen welches er geschützt werden muß. Nur dann, wenn er in unmittelbaren Gegensatz gegen den allgemeinen Willen oder das Recht tritt, erscheint er als besonderer unrechter Wille, gegen den Zwang und Gewalt erlaubt ist. Dieß ist aber nur der Fall, wenn er sich dem Vertreter der Staatsgewalt widersetzt, oder wenn er das Recht in seinem concreten Dasein in andern Personen thatsächlich angreift."

Kurz vorher polemisirt Bruns gegen Savigny, insofern dieser den Schutz des Besitzes damit begründet, daß in der Besitzesstörung eine Gewalt gegen die Person liege, und jede Gewalt an sich unrecht sei, und er macht ganz richtig geltend, daß die Gewalt, das Unrecht überhaupt, nie weiter gehen könne, als der Gegensatz gegen das Recht. Hier nun substituirt er der Gewalt gegen die Person „die Gewalt gegen den absolut freien Willen," und vermeint damit eine wesentlich andere Begründung gegeben zu haben. Es liegt jedoch darin ganz die nämliche petitio principii, die er in der Aufstellung Savigny's findet; und so werthvoll die Arbeit von Bruns sonst ist, so können wir doch die Bemerkung nicht unterdrücken, daß sich hier zur rechten Zeit ein Wort eingestellt hat.

Es ist auf die angeführten Aufstellungen zu entgegnen, daß der Staat nur dem mit dem allgemeinen Willen übereinstimmenden besonderen Willen zu Hülfe zu kommen hat, und daß umgekehrt der mit dem

allgemeinen Willen übereinstimmende besondere Wille sich schlechthin durchsetzen darf. Daß er, indem er sich eigenmächtig durchsetzt, der Rechtsordnung in anderer Beziehung entgegentreten kann, daß er dabei vielleicht und wohl in den meisten Fällen auch Rechte des Gegners, seine Person, sein Eigenthum an andern Sachen, verletzen wird, ist freilich unzweifelhaft. Allein dieß besteht für sich, und solche Verletzungen dürfen mit den Handlungen, durch welche ich lediglich das mir zustehende Recht erzwinge, nicht zusammengeworfen werden. Eben darin, daß er sie nicht auseinander hält, liegt der Irrthum Savigny's.

Bruns sagt, daß gerade die Anerkennung und Durchführung der Willensfreiheit das gesammte Rechtssystem bilde, und dagegen läßt sich jedenfalls nichts einwenden. Wenn er aber weiter behauptet, daß der Wille absolut frei sei, so ist dieß eine ganz ungerechtfertigte Unterstellung. Der Satz hat eine Bedeutung, die durchaus nicht hierher gehört. In unserer Beziehung ist der Wille keineswegs absolut frei, sondern beschränkt; die Freiheit ist nicht etwas, das aus einem unerschöpflichen Born geschöpft wird, sondern die Freiheit des Einen eine Unfreiheit des Andern. Das „Also," mit dem Bruns fortfährt, ist daher nicht auf redliche Weise gewonnen, und dieß zeigt sich sofort in der folgenden Behauptung. Denn der „unmittelbare" Gegensatz gegen den allgemeinen Willen, in Folge dessen der besondere Wille als unrechter erscheint, und ausnahmsweise Zwang gegen ihn erlaubt sein soll, ist da, man weiß nicht woher er kommt, und wüßte man nicht schon, daß Bruns damit die Selbsthülfe des Besitzers rechtfertigen will, so hätte man auch keinen Grund, die Wendung hierauf zu beziehen. Denn solange noch kein Besitzesrecht besteht, und zwischen das petitorische Recht und die Rechtsordnung tritt, ist, wenn mein Eigenthum verletzt wird, der Gegensatz gegen den allgemeinen Willen so unmittelbar, und das Dasein, in welchem es verletzt wird, so concret, als man verlangen kann.

Wie schon bemerkt, steht das Besitzesrecht freilich zunächst dem an und für sich vorhandenen allgemeinen Willen, der Rechtsordnung, gegenüber; allein es muß gleichwohl wieder als Inhalt derselben vermittelt werden, und in dieser Vermittelung besteht eben die Schwierigkeit, das Princip der Interdicte festzustellen. Allgemeine Wendungen, wie sie Bruns gebraucht, können von ihr nicht dispensiren; sie vermögen eine Herbeiziehung der von ihm verschmähten „empirischen Zweckmäßigkeitsrücksichten", d. h. eine concrete Begründung, nicht zu ersetzen.

Puchta [30]) anderseits bezeichnet das Beſitzesrecht als ein Recht an der eignen Perſon, und erklärt ſich näher dahin, daß allerdings bei jedem Recht die Perſönlichkeit, der Wille, geſchützt werde; allein bei andern Rechten nur mittelbar, bei dem Recht des Beſitzes unmittelbar.

Wir müſſen dagegen behaupten, daß, wie bei jedem Recht die Perſönlichkeit geſchützt wird, ſo auch umgekehrt die Perſönlichkeit nicht anders geſchützt werden kann, als in einem Recht an einem oder auf einen ihr mehr oder minder äußerlichen Gegenſtand. Es giebt keine Perſönlichkeit, als welche in concreten Rechten ausmündet, keinen Willen, als welcher einen beſonderen Inhalt hat; ſo wenig, daß die Trennung der Perſon von ihren Rechten, des Willens von dem Gewollten, etwas bloß Formelles iſt. Sofern ſie aber einmal gemacht wird, und gemacht werden muß, kommt auch immer außer der Perſon noch ein Recht in Frage.

Dieſe Sonderung kann in manchen Fällen, namentlich ſolchen, die dem Criminalrecht angehören, Schwierigkeiten machen; allein ſie wird nichtsdeſtoweniger immer möglich ſein, wenn man nur bis zu dem innerſten Kern des Menſchen, bis zu dem Gedanken, der „Ich" denkt, durchdringt, und in unſerm Fall ſind Schwierigkeiten dieſer Art nicht einmal vorhanden.

Der Nachweis von etwas der Perſon Aeußerlichem iſt hier ſo einfach, wie bei den correſpondirenden petitoriſchen Rechten; es handelt ſich — wenigſtens bei der possessio des römiſchen Rechts — um die Unterwerfung einer körperlichen Sache, und der Grund, aus welchem Puchta die in dieſer Hinſicht leichte Trennung nicht vornimmt, und einen concreten Inhalt des Willens nicht bezeichnet, iſt lediglich der, daß er ſich ſcheut, jenen petitoriſchen Rechten damit zu nahe zu treten. Allein auch auf die Gefahr hin, daß den entſprechenden petitoriſchen Rechten etwelcher Abbruch geſchehe, kann man bei dieſer abſtracten Anerkennung eines Rechts nicht ſtehen bleiben; und wie wir einerſeits die Anſicht des anerkannten Syſtematikers ſoweit acceptiren, als darin das wiſſenſchaftliche Bedürfniß, ein Recht des Beſitzes zu formuliren, ausgeſprochen iſt, ſo ſehen wir anderſeits in dem geringen Beifall, den jenes ſchattenhafte Recht an der eignen Perſon gefunden hat, eine Aufforderung, einen Schritt weiter zu gehen, als Puchta.

---

30) Lehrb. u. Vorleſungen, §. 122; Inſtitut., II, 224; Rhein. Muſeum, III, 19, S. 290 ff.

Wir dürfen, um zunächſt das Princip des Beſitzesſchutzes feſtzuſtellen, an das anknüpfen, was Savigny darüber ſagt. Denn obwohl die nähere Ausführung ſich, wie ſchon oben bemerkt wurde, im Kreis bewegt, ſo hat er doch mit glücklichem Tact auf den richtigen Geſichtspunkt wenigſtens hingewieſen.

Er ſtellt als Tendenz des Beſitzesſchutzes die Aufhebung der Gewalt hin, und es iſt nicht zu verkennen, daß er mit der Bekämpfung derſelben in Zuſammenhang ſteht. Es fragt ſich jedoch nach der Art der Beziehung.

Bringt man die Gewalt in eine unmittelbare Beziehung zu ihm, ſo iſt man in dem Fall, anſtatt einer Begründung eine petitio principii zu liefern. Denn es wird ganz richtig eingewendet, daß die Eigenmacht nur dann zur Gewalt, zum Unrecht, wird, wenn ſie einem Recht entgegentritt. Wie ſchon ausgeſprochen wurde, kann freilich und wird meiſtens eine Störung oder Entziehung des Beſitzes mit einer Verletzung von Rechten des Beſitzers verbunden ſein, ſei es ſolchen, die in das Privatrecht fallen, oder ſolchen, die nur im Criminalrecht berückſichtigt werden; allein dieß iſt ein Punkt für ſich; die alleinige Störung oder Entziehung des Beſitzes kann eine Gewalt erſt ſein, wenn es ein Recht des Beſitzes giebt.

Dieſe petitio principii wird auch von Savigny nur übel verdeckt, wenn er ſich folgendermaßen äußert: „Betrachten wir in dieſer Hinſicht die zwei äußerſten möglichen Fälle. Der erſte: die Gewalt betraf lediglich die Perſon, nichts außer ihr; der zweite: die Gewalt betraf neben der Perſon zugleich ein dieſer Perſon zuſtehendes Recht, z. B. eine Sache in ihrem Eigenthum. — In der Mitte zwiſchen dieſen äußerſten Fällen liegt der Fall, da die der Perſon zugefügte Gewalt zugleich einen Beſitz ſtört oder entzieht. Ein ſelbſtſtändiges Recht iſt in dieſem Fall nicht neben der Perſon verletzt; aber in dem Zuſtand der Perſon iſt doch etwas verändert zu ihrem Nachtheil, und ſoll das Unrecht, welches in der Gewalt gegen die Perſon liegt, in ſeinen Folgen gänzlich ausgetilgt werden, ſo kann dieß nur geſchehen durch die Herſtellung oder Beſchützung jenes factiſchen Zuſtandes, auf welchen ſich die Gewalt erſtreckt hat.

Dem gegenüber müſſen wir dabei ſtehen bleiben, daß die Eigenmacht, ſobald ſie über gewiſſe Rechte, die Savigny durch „Perſon" bezeichnet, hinaus, auf einen bloß factiſchen Zuſtand ſich erſtreckt, damit

eben aufhört, Gewalt zu sein, und daß es juristisch gleichgültig ist, ob in meinem Zustand etwas zu meinem Nachtheil verändert ist, solange ich kein Recht auf den entsprechenden Vortheil habe.

Der Zusammenhang des Besitzesschutzes mit der Gewalt ist kein so unmittelbarer. Die eigenmächtige Entziehung des Besitzes durch den, welchem das petitorische Recht zusteht, würde an und für sich nur eine gerechte Selbsthülfe sein; sie ist aber zur Gewalt gestempelt worden dadurch, daß ein Recht des Besitzes geschaffen wurde, und dieses ist allerdings geschaffen worden, um der Gewalt zuvorzukommen. Mit andern Worten: Der Grund des Besitzesschutzes liegt darin, daß eine an sich gerechtfertigte Selbsthülfe, die nur das eigne Recht wahren soll, nicht leicht anders denkbar ist, als zugleich mit einer Gewalt, mit einer Verletzung von Rechten des Gegners, verbunden.

Der Umstand, daß eine Selbsthülfe sich nicht leicht auf die Wahrung des eignen Rechts beschränken kann, hat in entgegengesetzter Richtung zu zwei Instituten geführt, in deren einem die Nothwendigkeit einer Selbsthülfe auch die Gewalt rechtfertigt, so daß — innerhalb gewisser Schranken — zum Schutz des eignen Rechts eine Verletzung von Rechten des Gegners statthaft ist — in deren anderem umgekehrt die Tendenz, einer Gewalt entgegen zu treten, die Unstatthaftigkeit auch der an sich gerechten Selbsthülfe nach sich gezogen hat. Er hat einerseits zur Gestattung einer Nothwehr, anderseits zur Erschaffung eines Besitzesrechts geführt.

Um der mit der Selbsthülfe regelmäßig verbundenen Gewalt zuvorzukommen, hätte man allerdings dabei stehen bleiben können, diese gleichzeitige Gewalt einfach zu verbieten und zu strafen. Allein als ein zweckmäßigeres Mittel erschien es, jener Selbsthülfe den Erfolg zu entziehen. Es wurde eine provisorische Rechtsordnung geschaffen, vermöge deren ein Recht des Besitzers besteht, welches demjenigen des an und für sich Berechtigten widersprechen und es vorläufig aufheben kann, und nunmehr das, was außerdem gerechte Selbsthülfe sein würde, zur Gewalt gestempelt wird.

Der Grundsatz, daß der Selbstschutz eines zuständigen Rechts erlaubt sei, wird durch das Institut des juristischen Besitzes nicht aufgehoben; es besteht nach wie vor die Regel in ihrer Reinheit fort, daß der mit dem allgemeinen Willen übereinstimmende besondere Wille sich schlechthin, wie er kann, durchsetzen darf. Die scheinbare Einschränkung

derſelben beſteht vielmehr darin, daß, während ſie ſelbſt unberührt bleibt, die Berechtigungsverhältniſſe vorläufig verſchoben werden. Der Beſitzer ſeinerſeits iſt zur Selbſthülfe berechtigt; wie weit ihm dabei auch eine Gewalt geſtattet iſt, gehört in die Lehre von der Nothwehr.

Damit iſt das Beſitzesrecht motivirt; aber doch noch nicht hinlänglich begründet. Zwar wird man, wenn einmal eine proviſoriſche Rechtsordnung dieſer Art geſchaffen werden ſollte, es ſelbſtverſtändlich finden, daß das proviſoriſche Recht an den Beſitz, und nicht an ſeine thatſächliche Anfechtung geknüpft wurde. Denn es würde andern Falls die Ausſicht auf einen definitiven, durch richterliches Urtheil feſtzuſtellenden Zuſtand ganz und gar ſchwinden.

Allein es läßt ſich einwenden, daß das Inſtitut eines Beſitzesrechts doch jedenfalls nicht das einzige Mittel war, einer Gewalt zuvorzukommen. Wie ſchon bemerkt, hätte man dabei ſtehen bleiben können, die wirkliche Gewalt zu ſtrafen, und etwa, ſofern die Verfolgung eines wirklichen oder vermeintlichen Rechts ein beſonders gefährlicher Anlaß zur Gewalt iſt, die Strafe für dieſen Fall zu ſchärfen. Es ſcheint auffällig, daß man ſtatt deſſen ein proviſoriſches Recht ſchuf, durch welches doch zugleich wohlbegründete Rechte vorläufig aufgehoben werden.

Es iſt darauf zu antworten, daß allerdings ein Grund vorhanden iſt, der Gewalt gerade auf dieſe Weiſe zu begegnen — ein Grund, auf welchen andere das Beſitzesrecht ſchlechthin ſtützen.

Wie bekannt, wird es auch damit begründet, daß der Beſitz eine Wahrſcheinlichkeit des Eigenthums, überhaupt des petitoriſchen Rechts, an die Hand gebe, während Andere in der für den Beſitzer ſtreitenden Vermuthung eine ganz willkürliche Präſumtion ſehen.

Wir entgegnen, daß dieſe Präſumtion allerdings ebenſo willkürlich iſt, wie überhaupt eine auf bloßer Wahrſcheinlichkeit beruhende Beſtimmung; aber auch ſo zuläſſig und zweckmäßig, wie jede andere.

Die Wahrſcheinlichkeit eines Umſtandes ſpricht ſich in dem Zahlenverhältniß der einzelnen Fälle aus. Es mag nun vielleicht die Statiſtik der vorkommenden Fälle ergeben, daß der Vindicant eben ſo oft, wie der Beſitzer, der eigentlich Berechtigte iſt. Allein, wenn man hieraus auf die Willkürlichkeit jener Präſumtion ſchließen wollte, ſo würde man vergeſſen, daß dieſes Zahlenverhältniß erſt beſteht, nachdem es ſchon ein Beſitzesrecht mit dem daran ſich knüpfenden Beweisvortheil giebt. Beſtände umgekehrt die Einrichtung, daß Jedermann durch eine thatſächliche

Anfechtung des Besitzes die Präsumtion des Eigenthums für sich erlangen könnte, so würde, wie augenscheinlich ist, das Verhältniß ein ganz anderes sein.

Soll der innere Grund dieser Erscheinung gefunden werden, so kann man selbstverständlich nur von dem fehlerlosen Besitz ausgehen. Denn freilich wird der Zweck, dem das Institut des Besitzesrechts dient, nur so erreicht, daß es immer an den Umstand als Voraussetzung geknüpft wird, in welchem der Anlaß zu einem gewaltsamen Conflict liegt, und schlechthin mit dem factischen Besitzstand wechselt. Allerdings muß daher auch der fehlerhafte Besitz ein provisorisches Recht begründen, und es entspricht auch diesem die Wahrscheinlichkeit einer Berechtigung. Allein das auf fehlerhaften Besitz gestützte Besitzesrecht steht in anderer Linie, als das auf fehlerlosen gestützte, und es liegt hier eine Präsumtion von anderm Gehalt vor. Jenes, resp. das über den Zweifel der Fehlerhaftigkeit noch nicht erhabene Besitzesrecht, steht zu diesem in demselben Verhältniß, wie dieses zum Eigenthum u. s. w.; es führt zunächst nur zu einem des Bestands fähigen Besitzesrecht, wie dieses zu dem petitorischen Recht führt. Die Präsumtion aber, die dabei zum Grunde liegt, läßt sich auf den allgemeinen Satz: „Quilibet praesumitur bonus“ zurückführen, und wird durch den Nachweis der Gewaltthat gebrochen.

Das auf fehlerlosen Besitz gestützte Recht dagegen wird gebrochen durch den Nachweis des petitorischen Rechts; und der innere Grund der desfallsigen Präsumtion liegt darin, daß eine Reaction des Berechtigten gegen das ihm angethaene Unrecht häufiger ist, als ein passives Verhalten.

Es kann nicht verkannt werden, daß die Wahrscheinlichkeit des definitiven Rechts bei der Einführung eines Besitzesschutzes als bestimmendes Moment hinzugetreten ist, und zwar einerseits so, daß sie unter den mehreren Mitteln, welche zur Verhütung einer Gewalt zu Gebote standen, gerade dieses wählen ließ, anderseits aber auch als selbständiger Grund: Der Besitzer soll näher sein, das Recht, das er sich anmaßt, bis auf Weiteres auszuüben, als sein Gegner. Ich wende mich absichtlich auf diese Weise, und sage nicht: Der Besitzer soll den Beweisvortheil genießen. Denn für diesen Zweck konnte die Erschaffung eines Besitzesrechts nur dann nothwendig sein, wenn schon vorher der Grundsatz bestand und festgehalten werden sollte, daß der Beweisvortheil zunächst dem Beklagten zukomme. Dann mußte freilich dem Besitzer die

Möglichkeit gegeben werden, das Verhältniß zu behaupten, und resp. wieder herzustellen, durch welches der Gegner sich verletzt fand. An und für sich aber konnte dem Besitzer recht wohl der Beweisvortheil zugetheilt werden, ohne daß man ein besonderes Recht desselben schuf; und auf der andern Seite mußte, wenn einmal eine durch den Besitz begründete Wahrscheinlichkeit des definitiven Rechts anerkannt wurde, diese nicht bloß einen Grund abgeben, den Besitzer im Petitorium besser zu stellen, sondern auch dafür sprechen, daß man ihm bis zur definitiven Entscheidung, und ohne Rücksicht auf eine solche, die Ausübung des Rechts, das er sich anmaßte, sicherte. Der Beweisvortheil und das Besitzesrecht stehen daher nicht in dem Verhältniß von Zweck und Mittel, sondern sind beide unmittelbar durch die Wahrscheinlichkeit des petitorischen Rechts motivirt. Nur ist freilich der Umstand, daß der Beweisvortheil an den Besitz geknüpft ist, wenn er anders in der Freiheit von der Beweislast besteht, ein Zeichen, daß ein Besitzesrecht besteht; und kann man allerdings den Zweck, dem hiernach das Besitzesrecht außerdem, daß es eine Gewalt verhüten soll, dient, als Beweiserleichterung, oder Beweisersparung bezeichnen, wenn man nur den Vortheil, welcher dieser Beweisersparung entspricht, nicht in die gerichtliche Behauptung, sondern in die Ausübung des petitorischen Rechts setzt.

Auf diese beiden Zwecke — Verhütung einer Gewalt und Regulirung des Beweises — hat denn auch der Tact der Rechtsgelehrten, wenngleich eine Analyse des Verhältnisses nicht geliefert wurde, immer wieder hingewiesen, und Bruns ist durchaus im Unrecht, wenn er eine Begründung durch solche „empirische Zweckmäßigkeitsrücksichten" verschmäht. Der Besitzesschutz ist nicht von Philosophen eingeführt worden, welche entdeckten, daß der Wille „absolut frei" sei, sondern das Product des Rechtslebens einer spätern Entwickelungsstufe, auf welcher sich das Bedürfniß, nachdem bis dahin bloß materielle Rechte bestanden hatten, nunmehr auf die Erschaffung von Rechten formeller Natur richtete, welche der Sicherung jener materiellen Rechte dienen sollten.

Was den concreten Inhalt des Besitzesrechts betrifft, so geht aus unsern bisherigen Erörterungen unmittelbar hervor, daß es qualitativ den correspondirenden petitorischen Rechten gleich sein muß. Die Gewalt soll verhütet werden, indem die Selbsthülfe, in deren Gefolge sie meistens sein wird, ebenfalls zur Gewalt gestempelt wird. Dieß geschieht durch Erschaffung eines dem petitorischen Recht widersprechenden, es vor-

läufig aufhebenden Rechtes, welches eben, um jenem zu widersprechen, qualitativ den gleichen Inhalt haben muß. Und zu demselben Ergebniß gelangen wir auch, wenn wir von der Beweiserleichterung als dem Zweck des Instituts ausgehen.

Wir brauchen uns mit einem ausführlichen Nachweis dieser Behauptung nicht aufzuhalten. Denn man wird schwerlich in Abrede stellen, daß der Erfolg des Besitzesschutzes der ist, daß der Besitzer vorläufig dieselben Handlungen vornehmen kann, zu denen das petitorische Recht, das er sich anmaßt, berechtigt. Es kann sich nur darum handeln, daß man dieß absichtlich übersieht, und dieß geschieht, weil man fürchtet, den Gegensatz, in dem ohne Zweifel die provisorische Rechtsordnung zu derjenigen steht, welche durch die petitorischen Klagen geschützt wird, zu verwischen, und den petitorischen Rechten zu nahe zu treten. Auf diesen Punkt haben wir daher, um unsere Behauptung zu befestigen, unser Augenmerk zu richten.

Trotzdem das provisorische Recht der Verhütung einer Gewalt dient, und trotzdem es sich auf die Wahrscheinlichkeit einer definitiven Berechtigung stützt, würde es — da es nichtsdestoweniger oft vorkommt, daß der Nichtbesitzer der eigentlich Berechtigte ist — immer ein sehr auffälliges Institut sein, wenn damit die ihm entgegenstehenden wohlbegründeten Rechte ihrem ganzen Gehalt nach und unbedingt, wenn auch nur für kurze Zeit, aufgehoben wären. Allein das Besitzesrecht hat nur die Wirkung, sie von der Bedingung einer gerichtlichen Geltendmachung abhängig zu machen; es ist somit selbst ein Recht, dem eine Resolutivbedingung gesetzt ist, und zwar die Resolutivbedingung, daß vom Gegner ein siegreiches Urtheil erlangt wird, das sich auf die an und für sich bestehende Rechtsordnung stützt.

Zunächst besteht nun die Tendenz, daß mit Eintritt der Bedingung das Verhältniß, welches bis dahin stattgefunden hat, rückwärts vernichtet werde. Dieß ist jedoch eine Tendenz, die sich in der Sphäre des concreten Rechts nicht ausführen läßt. Was einmal mittelst des Besitzesschutzes geschehen ist, kann nicht hinterher ungeschehen gemacht werden, und die öffentliche Gewalt kann nicht, ohne sich selbst zu widersprechen, erst ihren Schutz verleihen, und dann den Gegenstand des Schutzes für ein Unrecht erklären.

Die Sphäre, innerhalb deren diese Tendenz ausführbar ist, kann nur die des abstracten Vermögenswerthes sein. Wem die concrete

Berechtigung zustehe, muß die öffentliche Gewalt entscheiden, während die Bedingung schwebt, und sie kann ihre Entscheidung nicht hinterher wiederrufen. Wohl aber kann sie unentschieden lassen, ob das concrete Recht, das sie schützt, auch den Umfang des dem Besitzer gehörigen Vermögens vergrößern soll, und mit Eintritt der Resolutivbedingung den Umfang des Vermögens, der durch das Besitzesrecht bis dahin factisch bestanden hat, als unrechtmäßig aufheben.

Darin liegt denn auch der Unterschied des Besitzesrechts und der entsprechenden petitorischen Rechte, daß letztere einen Vermögenswerth enthalten, der abstracte Gehalt des ersteren dagegen in der Beweiserleichterung besteht, und darin, daß die Gefahr einer Gewaltthätigkeit verringert ist.

Für diesen Kern wird die concrete Herrschaft, welche den Inhalt der entsprechenden petitorischen Rechte bildet, als Hülle benutzt; der Vermögenswerth aber, den sie enthalten, wird für den Fall, daß der Besitzer nicht der wahrhaft Berechtigte ist, geflüchtet in eine Forderung auf Schadenersatz — eine Einrichtung, die inzwischen nur den Besitzer an und für sich, nicht den bonae fidei possessor angeht.

Das dem Eigenthum entsprechende Besitzesrecht unterscheidet sich von jenem allerdings schon dadurch, daß es revocabel ist, während zum Wesen des Eigenthums die Unwiederruflichkeit der Herrschaft gehört. Ueberhaupt aber wird man die Besitzesrechte nicht mit dem Namen der entsprechenden petitorischen Rechte, als provisorisches Eigenthum, provisorisches Servitutrecht u. s. w. bezeichnen, weil diese Rechte ihrem Wesen nach Vermögensrechte sind, das Besitzesrecht dagegen einen Kern hat, vermöge dessen es einerseits an die Gränze des Proceßrechts, anderseits an die des Criminalrechtes tritt.

Darauf, daß es als solches keinen Vermögenswerth enthält, beschränkt sich aber auch — abgesehn von seiner Wiederruflichkeit — der Unterschied, der zwischen dem Inhalt des Besitzesrechts und der correspondirenden petitorischen Rechte stattfindet, und der Besitzer verletzt daher — genau ausgedrückt — nicht das Eigenthum dessen, dem dieses zusteht, sondern entzieht ihm nur mit Unrecht den Vermögenswerth, den es repräsentirt, und verhindert mit Unrecht sein (des Eigenthums) Wiederaufleben.

Wird die Frage nach der Natur des juristischen Besitzes in die Sphäre des abstracten Vermögenswerthes verlegt, so kann man aller-

dings ſagen, daß er ein bloßes Factum ſei, der bloße Schein des Eigenthums u. ſ. w., der ſich entweder als Recht noch ausweiſen, oder in nichts zerfließen muß. Sieht man aber, wie man doch wohl muß, auf die concrete Geſtalt des Verhältniſſes, und nimmt das Surrogat eines Rechts (die Entſchädigungsforderung des Eigenthümers u. ſ. w.) nicht für das Recht ſelber, ſo iſt der juriſtiſche Beſitz für ein proviſoriſches Recht zu erklären mit einem Inhalt, den es den entſprechenden petitoriſchen Rechten entlehnt.

§. 5.

Fortsetzung.
(Voraussetzungen des Besitzesrechts.)

Wie zur Vorbereitung dessen, was über die Gewere aufzustellen sein wird, der Nachweis erforderlich war, daß mit dem Besitzesschutz auch ein Besitzesrecht besteht, so liegt es auch in unserm Interesse, durch eine nähere Bestimmung der Voraussetzungen ein anderes Verhältniß seiner einzelnen Arten darzuthun, als welches die herrschende Doctrin annimmt. Zwar liegen schon mehrfache Versuche vor, in dieser Hinsicht die Reinheit des Besitzbegriffes zu wahren, und alles Besitzesrecht auf die gleiche allgemeine Voraussetzung zu gründen. Allein sie scheinen uns einseitig, und zerstören in andrer Beziehung eine Anschauung, welche festzuhalten, unser Zweck fordert. Wir können daher eine Erörterung dieses Punktes nicht umgehen, und bringen zunächst das äußere Factum (corpus), welches neben dem animus „possidendi" gefordert wird, zur Sprache.

Eben dieses äußere Factum ist es, in Rücksicht dessen die Quellen das dem Eigenthum und anderseits das den Servituten entsprechende Besitzesrecht eines gleichartigen Charakters zu entkleiden scheinen. Denn sie verlangen dort die Detention, hier den usus juris. Die neuere Doctrin aber, sofern sie die beiden Besitzesarten unter einen Begriff zu bringen sucht, recurrirt entweder schlechthin auf die Ausübung des Rechts, oder, wie Bruns (S. 475), indem sie die Detention als die Möglichkeit, ausschließlich auf die Sache einzuwirken, faßt, auf die factische Möglichkeit der Ausübung.

Damit hat man denn nicht bloß eine Einheit, sondern eine Einerlei-

heit der beiden Besitzesarten. Allein gerade indem man einseitig das eine oder andere Requisit aufstellt, und damit unerklärt läßt, warum die Quellen hier die Detention, dort den usus juris hervorheben, hat man, wie mir scheint, das Wesen der Sache nicht getroffen, dort die Natur der entsprechenden petitorischen Rechte, zunächst des Eigenthums, nicht berücksichtigt, hier einen Umweg eingeschlagen.

Wenn die Einen schlechthin von der Ausübung des Rechts als dem erforderlichen äußeren Factum ausgehen, so geschieht dieß in dem Sinn, daß die Detention selbst eine Ausübung des Eigenthums sei.

Ohne Zweifel kann nun in der Detention eine Einwirkung auf die Sache liegen, und wird regelmäßig eine Art der Detention möglich sein, durch welche auf die Sache eingewirkt wird. Von der andern Seite aber [31]) wird mit Recht eingewandt, daß, nachdem dieses Erforderniß bis zur bloßen Nähe und Sicht vergeistigt worden, eine Detention möglich ist, ohne daß auf die Sache irgendwie eingewirkt wird, und daß sie jedenfalls nur eine Ausübung, nicht die Ausübung des Eigenthums, und zwar eine sehr dürftige ist.

Nach beiden Seiten hin ist zu erinnern, daß die „Ausübung" des Rechts in einem zu beschränkten Sinn genommen wird. Denn eine Ausübung liegt nicht bloß in einer Einwirkung auf die Sache, sondern kann auch in einem Zustand der Sache hervortreten, der meinem Willen entspricht, und vermöge meines Willens besteht. Sonst würde das Eigenthum an sehr vielen Gegenständen, z. B. an Gemälden, Statüen u. s. w. nur eine sehr unbeträchtliche Ausübung zulassen, und dürfte von einer solchen sehr oft nicht die Rede sein, wo doch der Eigenthümer einen fortwährenden und gerade dem ihrer Bestimmung entsprechenden Nutzen von der Sache zieht. Ob sprachlich ein solcher Gebrauch des Wortes passend ist, kann allenfalls bezweifelt werden. Doch giebt man ihn insofern zu, als man davon ausgeht, daß alle Rechte eine Ausübung zulassen, während doch bei manchen Rechten, wie bei den negativen Servituten, eine Ausübung gar nicht möglich sein würde, wenn sie nicht in einem Zustand der Sache liegen könnte. Jedenfalls würden wir in sachlicher Beziehung daran festzuhalten haben, daß es neben der Einwirkung auf eine Sache noch eine andere Realität des Rechts an ihr giebt, welche mit jener der bloßen Möglichkeit, von dem Recht Gebrauch zu machen, gegenübersteht.

31) z. B. von Bruns S. 474.

Es versteht sich freilich, daß die Ausübung oder Realisirung des Rechts ein Vorgang, eine Handlung, sein muß. Das ist sie aber auch hier. Die Handlung ist nur bis auf den Punkt, auf welchem sie in den Zustand der Sache ausmündet, eine lediglich innere; und damit man sagen kann, daß diese innere Handlung ihren Ausgangspunkt in dem fraglichen Zustand der Sache habe, ist allerdings erforderlich, daß derselbe, resp. seine Dauer, eine Folge meines Wollens sei.

Man darf hiergegen nicht einwenden, daß, wenn der fragliche Zustand der Sache einmal hervorgebracht ist, nur das Nichtwollen des entgegengesetzten Zustandes übrig bleibt, und somit keine Handlungen vorkommen, deren Folge jener Zustand wäre. Denn in der That enthält dieses Nichtwollen immer auch ein positives Wollen, die fortwährende Erneuerung des Willens, welcher, oder wie er den Zustand der Sache hervorgebracht hat, wenn auch nicht in gleicher Intensität. Wohl aber darf man geltend machen, daß es aus dem Zustand selbst nicht ersichtlich ist, daß er vermöge meines Willens dauert.

Will man daher nicht verlangen, daß er durch den, welcher das Besitzesrecht haben soll, hervorgebracht sei, und eben damit doch wieder eine Einwirkung auf die Sache fordern — womit man für viele Fälle sehr schlecht gesorgt haben würde — so ist man auf die Möglichkeit, ihn, wenn er nicht schon bestände, hervorzubringen, als eine selbstständig erkennbare Thatsache hingewiesen; und es zeigt sich somit, daß wenn man auch von der Ausübung des Rechts als dem erforderlichen äußern Factum ausgeht, man doch, weil eine Ausübung auch in einem Zustand der Sache liegen kann, gezwungen ist, auf das andere der oben einander entgegengesetzten Erfordernisse zu recurriren.

Inzwischen ist dieß nichts Originelles des Eigenthums und resp. der eigenthumähnlichen Rechte. Wie schon angedeutet, sind auch die negativen Servituten Rechte, welche sich auf einen gewissen Zustand der Sache richten. Auch hier muß es irgendwie selbständig erkennbar sein, daß der betreffende Zustand (wenigstens zum Theil [32]) vermöge meines Willens besteht.

Worin liegt also hinsichtlich des erforderlichen äußeren Factums das Charakteristische des Besitzes mit **animus domini** gegenüber dem

---

32) Insofern die negative Servitut eigentlich ein bloßes Mitrecht an der Sache — in einer bestimmten Beziehung — ist. (Anmerk. 19.)

Servitutenbesitz? Es ist zur Beantwortung dieser Frage daran festzuhalten, daß, um das nothwendige äußere Factum fürerst nur auf die eine von beiden Seiten zu verlegen, doch nicht bloß eine Ausübung, sondern die Ausübung des Rechts gefordert werden müßte, d. h. Ausübungshandlungen, welche den Inhalt des Rechts seiner Qualität nach decken, oder doch hinlänglich zu repräsentiren vermögen.

Es ist ersichtlich, daß die Rechte, denen ein Besitzesrecht entspricht, — abgesehn von der Zerstörung der Sache — ihrer Quantität nach nicht durch einmalige Ausübung erschöpft werden können, und gerade nur, insofern dieß der Fall ist, ist ein Besitzesrecht denkbar. Allein auch was die Qualität des Inhalts anbelangt, pflegen nicht alle in einem Recht enthaltenen Befugnisse zusammen ausgeübt zu werden, und können es zum Theil gar nicht, insofern sich gewisse an und für sich darin enthaltene Befugnisse in ihrer Ausübung widersprechen.

Dieß ist allen Rechten, um welche es sich hier handelt, gemein. Denn auch die geringhaltigste Servitut kann — genau genommen — auf verschiedne Weise ausgeübt werden. Allein es ist doch ein Unterschied, je nachdem das Recht einen specielleren, oder allgemeineren Zweck hat, und damit voller oder doch mannichfaltiger ist.

Der Inhalt z. B. einer Prädialservitut ist so dürftig, der Unterschied zwischen den möglichen Arten ihrer Ausübung so unwichtig, daß eine Ausübungshandlung in Ansehung ihrer Qualität recht wohl die ganze Ausübung repräsentiren kann. Umgekehrt aber ist beim Eigenthum (aber auch, wie wir nach unsern Ausführungen in §. 2. schon sagen dürfen, bei den eigenthumähnlichen Nutzrechten) der Zweck ein so allgemeiner, sein Inhalt daher ein so mannichfaltiger, daß man in der einen oder anderen Ausübungshandlung noch keineswegs eine Ausübung des Eigenthums zu sehen braucht, und gerade die Handlung, welche die Ausübung des Eigenthums vollkommen repräsentiren kann, die Zerstörung der Sache, macht ein Besitzesrecht unnöthig. Will man daher ein Kennzeichen, vermöge dessen eine Handlung als die Ausübung des Eigenthums erscheint, so muß man wieder zurückgreifen zu der an und für sich erkennbaren Möglichkeit der Ausübung, und von diesem Punkt ist auszugehen, wenn man erklären will, warum beim Eigenthumsbesitz die Detention, beim Quasibesitz der usus juris betont wird.

Inzwischen liegt in dieser Formulirung des Unterschieds mehr eine Umschreibung, als eine unmittelbare Bezeichnung seines Wesens.

Es ist, damit dieser Punkt seine Erledigung finde, von der bloßen Möglichkeit die Macht der Ausübung zu unterscheiden. Die Möglichkeit der Ausübung kann durch das Verhalten Anderer, welche das fremde Recht anerkennen, oder die Ausübung dulden, vermittelt sein; unter Macht der Ausübung wollen wir dagegen die von dem Verhalten Anderer unabhängige Möglichkeit verstanden haben.

Jene, die durch Andere vermittelte Möglichkeit, kann entsprechend dem Inhalt eines beschränkten Rechts beschränkt sein. Die Macht der Ausübung eines dinglichen Rechts dagegen kann nur eine unbeschränkte, ausschließliche Macht über die Sache, Detention, sein; sie kann sich nicht entsprechend dem Inhalt der verschiednen Rechte verengern, oder ausdehnen. Wer die Macht hat, eine Wegegerechtigkeit auszuüben, hat auch die Macht, eine nur im Eigenthum liegende Befugniß auszuüben. Wer dejicirt werden kann, wenn er Letzteres beabsichtigt, ist ebenso leicht dejicirt, wenn er das Erstere vor hat.

Hieraus zum Theil geht nun hervor, daß, wenn der Eigenthumsbesitz auf der Detention, der Servitutenbesitz auf dem usus juris beruht, dieß nicht so gefaßt werden kann, als ob dort die Möglichkeit einer ausschließlichen Herrschaftsausübung, hier nur die Möglichkeit einer beschränkten statt zu finden pflege. So lange wenigstens auf die Macht, sei es des Besitzers selbst, sei es dessen, der seinen Besitz vermittelt, gesehen wird, ist eine solche Unterscheidung abgeschnitten. Freilich ist zur Ausübung einer Servitut keine unbeschränkte Macht über die Sache nothwendig; aber diese Macht kann nun einmal nicht entsprechend dem Inhalt einer solchen zerlegt werden. Man müßte daher zugleich aufstellen, daß die Möglichkeit einer Ausübung des Rechts beim Eigenthumsbesitz immer eine von Dritten, die sich zugleich selbst in irgend einer Beziehung eine Herrschaft über die Sache anmaßen, unabhängige, beim Servitutenbesitz immer eine vermittelte sein müsse. Dieß wäre jedoch durchaus unrichtig. Denn es giebt einerseits Eigenthumsbesitz, welcher durch Andere, die zugleich selbst die Sache in gewissen Beziehungen beherrschen wollen, vermittelt wird, anderseits Servitutenbesitz, bei dem der Besitzer die unmittelbare Macht der Ausübung hat.

So scheint denn ein hinreichendes Motiv, dort von der Detention, hier von dem usus juris zu sprechen, nicht vorhanden zu sein.

Inzwischen wurde schon bemerkt, daß die Macht, die dem Servitutenbesitzer die Ausübung der Servitut vermittelt, resp. die er selbst

hat, nur um des Willen eine ausschließliche sein muß, weil es factisch unmöglich ist, daß sie eine beschränkte sei; es fragt sich, ob nicht hieran eine Rechtfertigung jener Unterscheidung geknüpft werden kann.

Wir haben vorhin ausgesprochen, daß der mannichfaltige Inhalt des Eigenthums nicht durch einzelne Ausübungshandlungen repräsentirt werden kann, sondern, damit eine solche als Ausübung gerade des Eigenthums gekennzeichnet werde, zu der an und für sich erkennbaren factischen Möglichkeit, Herrschaft auszuüben, zurückgegriffen werden müsse, während beim Servitutenbesitz die concrete Ausübungshandlung genügt. Es ergiebt sich somit als Unterschied beider Besitzesarten, daß dort eine über die concrete Ausübungshandlung hinausreichende Möglichkeit von Herrschaftsausübung ersichtlich sein muß, hier dagegen nur die Möglichkeit, welche durch die wirklich vorgenommene Handlung ohnehin involvirt wird. Zugleich aber ist ersichtlich, daß dieser Unterschied durch die Wendung, dort sei Detention, hier nur der usus juris nothwendig, nur annähernd richtig ausgedrückt wird.

Einmal ist zu erinnern, daß das beim Eigenthumsbesitz erforderliche äußere Factum zwar eine über die concrete Ausübungshandlung hinausreichende Möglichkeit, aber darum nicht immer die Möglichkeit ausschließlicher Herrschaftsausübung zu sein braucht. Denn zum Wesen des Eigenthums gehört nicht die Totalität, sondern nur die Mannichfaltigkeit der Herrschaft. Betont man daher an der Detention gerade die Ausschließlichkeit der factischen Herrschaft, so ist das äußere Factum damit beim Eigenthumsbesitz in vielen Fällen auch nicht passender charakterisirt, als beim Servitutenbesitz. Nur ist es — die Möglichkeit als Macht gefaßt — überflüssig, das Erforderniß einzuschränken, weil es eben nur eine ausschließliche Macht giebt.

Eben aus dem letzteren Umstand ergiebt sich aber weiterhin, daß durch diese Charakterisirung des Eigenthumsbesitzes die praktische Bedeutung seines Unterschiedes vom Servitutenbesitz nicht unmittelbar ausgedrückt ist. Denn auch die für den Servitutenbesitz nothwendige Möglichkeit des usus juris kann, wenn einmal unmittelbare Macht, nichts Anderes, als Detention sein. Die praktische Bedeutung zeigt sich nur dann, wenn das Besitzesrecht durch Andere vermittelt wird, und ist folgende: Da beim Servitutenbesitz einzelne Ausübungshandlungen die Ausübung des ganzen Rechts repräsentiren können, so braucht die Vermittelung dessen, der detinirt, nur darin zu bestehen, daß er diesen

concreten Handlungen nicht entgegentritt, sie kann eine bloße Duldung sein. Beim Eigenthumsbesitz dagegen genügt dieß nicht. Hier muß es klar sein, daß er dem, der den Eigenthumsbesitz haben soll, vermöge seiner Macht über die Sache noch weitere dem Inhalt des Eigenthums entsprechende Handlungen möglich machen wird. Seine Vermittelung muß m. a. W. eine Anerkennung des fremden Rechts sein.

Dieß ist die praktische Bedeutung jenes Unterschiedes, der somit dann, wenn die Besitzesrechte auf eigne Macht des Besitzers sich gründen, nicht hervortreten kann. Hier beruht dann die Verschiedenheit lediglich auf der besondern Beschaffenheit des animus „possidendi."

Immerhin mag man als annähernd richtige Formulirung des Unterschiedes die Regel gelten lassen, daß der Eigenthumsbesitz Detention, sei es des provisorisch Berechtigten selbst, oder einer Person, die sein Recht anerkennt, voraussetzt, der Servitutenbesitz dagegen den usus juris.

Auf der andern Seite ergeben unsere Erörterungen, daß dieser Unterschied einer im Wesentlichen vorhandenen Gleichartigkeit der beiden Besitzesarten nicht widerspricht. Hier, wie dort, sollte das äußere Factum eigentlich die Ausübung des Rechts sein. Nur eben die Ausübung, nicht bloß eine Ausübung. Weil aber der mannichfaltige Inhalt gewisser Rechte, zunächst des Eigenthums, durch einzelne Handlungen nicht gedeckt, oder nur hinlänglich repräsentirt zu werden vermag, anderntheils auch, weil eine Ausübung von Herrschaft in einem Zustand der Sache sich äußern, und doch wiederum dieser Zustand für sich allein als Folge derselben sich nicht ausweisen kann, wird zu der selbständig erkennbaren Möglichkeit der Ausübung zurückgegriffen.

Dieses Erforderniß hat daher nur den Zweck, einen Zustand der Sache als Folge einer Herrschaftsausübung, und vor allen Dingen eine Ausübung als die Ausübung des Rechts zu kennzeichnen, und man darf hiergegen nicht einwenden, daß für den Eigenthumsbesitz neben der Detention gar keine Ausübung des Eigenthums gefordert sei. Denn wenn einmal die Detention vorhanden ist, und anderseits der entsprechende animus „possidendi", so kann eine Ausübung des Eigenthums — abgesehn von der, die schon in der Detention selbst liegt — gar nicht ausbleiben; man verkennt dieß nur, weil man nicht daran denkt, die Realität des Rechts auch in Zuständen der Sache zu suchen.

Es bleibt uns übrig, den animus „possidendi" zu erörtern, und hier sind es — abgesehn von dem Besitzesrecht des Pfandgläubigers und

Sequesters — hauptsächlich die den eigenthumähnlichen Nutzrechten correspondirenden Besitzesrechte, welche in Betracht kommen; rücksichtlich des Punktes indeß, den wir zunächst zur Sprache bringen wollen, auch noch der Servitutenbesitz.

Wir haben uns nämlich zunächst gegen die ganz ungebührliche Ausdehnung zu erklären, in der die herrschende Doctrin eine **detentio nomine alieno** annimmt, wobei wir noch absehen von gewissen Fällen, für deren Beurtheilung es fürerst darauf ankommt, die Gränze des Sachenrechts gegen das Obligationenrecht zu bestimmen.

Der angegebene Punkt gehört zum Theil mit zu der schon abgehandelten Frage nach dem äußeren Factum. Denn darin, daß eine **detentio nomine alieno** — wenigstens in dem Sinn, in welchem die herrschende Lehre sie annimmt — verneint werden muß, ist enthalten, daß das Besitzesrecht des Eigenthümers nicht immer auf die Möglichkeit ausschließlicher, sondern öfters auch auf die Möglichkeit nur einer beschränkten Herrschaftsausübung sich stützt. Anderseits wird aber in einigen der fraglichen Fälle eine **detentio nomine alieno** auch insofern zu leugnen sein, als für den angeblichen Quasibesitz der Personen, die **alieno nomine** detiniren sollen, die Detention ebenso wesentlich ist, wie für den Eigenthumsbesitz, und für den angeblichen Eigenthumsbesitzer überhaupt keine Möglichkeit, oder doch keine dem Eigenthum entsprechende Möglichkeit von Herrschaftsausübung übrig bleibt.

Der zur Sprache gebrachte Punkt gehört aber auch in den Bereich des **animus „possidendi.“** Denn die angedeuteten Irrthümer über das zu dem wirklichen oder angeblichen Eigenthumsbesitz in diesen Fällen gehörige äußere Factum hängen unmittelbar damit zusammen, daß man den **animus** der Personen, welche man als **detentores nomine alieno** und zugleich als Quasibesitzer hinstellt, falsch beurtheilt. Zwar ist hier gegen die allgemeine Bestimmung desselben nichts einzuwenden. Denn man pflegt aufzustellen, daß die Handlungen, in welchen man das äußere Factum bei diesem Quasibesitz findet, im Sinn einer Ausübung des **usus, ususfructus** u. s. w. vorgenommen werden müßten, m. a. W. daß der **animus „possidendi“** in der Anmaßung des entsprechenden petitorischen Rechts bestehe, und diese Bestimmung ist — wie wegen anderer Fälle noch zu erörtern sein wird —, hier und überhaupt, vollkommen richtig. Allein man verkennt, oder verheimlicht sich auch geradezu, was der nähere Inhalt des so bestimmten Willens ist.

So zunächst rücksichtlich des Usuars. Die Annahme, daß dieser lediglich für einen Andern detinire, ist nichts Besseres, als eine Fiction. Personen, die schlechthin für Andere, in fremdem Interesse, detiniren, sind der Procurator, der Depositar, der Dienstbote. Was aber den Usuar anbelangt, so hat allerdings seine Detention, insofern er das Eigenthum anerkennt, für den Eigenthümer die factische Möglichkeit, es auszuüben, zur Folge, und vermittelt damit sein Besitzesrecht; man kann also sagen, daß er wenigstens mit für den Eigenthümer detinirt. Allein die eigentliche Absicht, in der er die Detention übernommen hat, ist nicht darauf gerichtet, dem Eigenthümer zu dienen, und jedenfalls detinirt er auch, und vor allen Dingen, für sich.

Immerhin ist die Annahme einer **detentio nomine alieno**, insofern der Usuar doch mit für den Eigenthümer detinirt, und anderseits für sein eigenes Besitzesrecht die Detention als eine über die wirkliche Ausübung seines Rechts hinausreichende Macht nicht wesentlich ist, wenigstens zur Hälfte richtig. Ganz unpassend ist sie dagegen rücksichtlich des Usufructuars, und Superficiars, weil einerseits für das Besitzesrecht dieser Personen die Detention ebenso nothwendig ist, wie für dasjenige des Eigenthümers, anderseits für den angeblich gegenwärtigen Eigenthümer überhaupt keine Möglichkeit von Herrschaftsausübung, zum Mindesten keine dem Eigenthum entsprechende übrig bleibt.

Wie in §. 2. erörtert wurde, ist der Inhalt des Nießbrauchs und der Superficies ebenso mannichfaltig, ebensowenig durch einen Zweck beschränkt, wie der des Eigenthums. Sie unterscheiden sich (die Superficies nicht einmal in allen Fällen) von dem Eigenthum bloß durch die Quantität des Inhalts, und dieser kann nicht besser, als der des Eigenthums, durch einzelne Ausübungshandlungen repräsentirt werden. Und in gleicher Weise ergiebt sich, daß die angeblichen **detentores nomine alieno**, wenn sie anders den ganzen Nießbrauch, und die ganze Superficies sich anmaßen, keineswegs beabsichtigen, dem sog. Eigenthümer die Ausübung einer so mannichfaltigen Herrschaft, wie sie zum Eigenthum gehört, möglich zu machen. Abgesehen von dem Recht des Letzteren an der Substanz, von welchem dahin gestellt bleiben soll, ob es als dingliche Befugniß zu behandeln ist [33]), wollen sie ihm über-

33) Falls man gerade dieses Mitrecht an der Substanz urgiren will, so ist zu bemerken, daß diesem Recht lediglich ein Quasibesitz entsprechen würde.

haupt keine Ausübung dinglicher Herrschaft gestatten. Ihre Detention wird daher dem Eigenthümer — zur Begründung seines allerdings anzuerkennenden Besitzesrechts — lediglich angerechnet.

Es fragt sich inzwischen noch, wie das Bestehen des eben erwähnten Besitzesrechts mit unserer Behauptung in Einklang zu bringen ist. Zwar wird es von mancher Seite geleugnet. Indeß rücksichtlich des Superficiars gegen das ausdrückliche Zeugniß der Quellen. Was den Ususfructus anbelangt, so beziehen sich die Stellen, welche neben seinem Besitz einen Besitz des Eigenthümers anerkennen, allerdings zunächst auf die Usucapion; indeß glaube ich, daß Letzterem im Sinne der römischen Juristen auch die Interdicte zuzusprechen sind.

Allein es hat mit seinen Interdicten dieselbe Bewandtniß, wie mit der neben der confessoria des Usufructuars noch stattfindenden Vindication. So wenig durch diese Vindication das Recht des s. g. Eigenthümers, d. h. der Person, deren Eigenthum mit Beendigung des Nießbrauchs aufleben wird, so weit es auf gegenwärtige Berechtigung ankommt, zum wirklichen Eigenthum wird, und so wenig dem Ususfructus und der Superficies der Charakter eines dem Eigenthum der Qualität nach gleichen Rechts damit benommen werden kann, daß ihre Klagen als utilis und confessoria bezeichnet werden, so wenig ist mit den Interdicten des s. g. Eigenthümers ein auf die Detention des Nutznießers und Superficiars gestützter wirklicher Eigenthumsbesitz gegeben. Wenn nicht eine Herrschaft Mehrerer in solidum stattfinden soll, ist, wie schon geltend gemacht wurde, das angeblich neben dem Nießbrauch und der Superficies bestehende Eigenthum nur ein Complex persönlicher Ansprüche, den man immerhin als ein relativ dingliches Recht, als relatives Eigenthum bezeichnen mag; und ein ganz in derselben Weise relatives Recht ist, wenn nicht dieselbe provisorische Herrschaft Mehreren in solidum zustehen soll, das Besitzesrecht, welches die neben den Interdicten des Superficiars und Nutznießers noch anzuerkennenden Besitzesklagen schützen.

Es wurde schon bemerkt, daß die unrichtige Darstellung dieser Verhältnisse nicht sowohl darauf beruht, daß man den Begriff des animus falsch bestimmt, als darauf, daß man ihm in der Anwendung nicht gerecht wird. Hinsichtlich anderer Personen dagegen, welche eigenthumähnliche Nutzrechte sich anmaßen, berührt der Irrthum unmittelbar den

Begriff des für das Besitzesrecht erforderlichen animus, zu dessen Bestimmung wir nunmehr übergehen müssen.

Man bezeichnet diesen animus als animus possidendi; theils allerdings nur, um eine generelle Bezeichnung der erforderlichen Willensrichtung zu haben, theils aber auch in dem Sinn, als ob der Wille nur auf Besitz gerichtet zu sein brauche; wie denn Brinz (Pand. S. 63) geradezu sagt: „— wie wer Eigenthum erwirbt, Eigenthum will, so will, wer Besitz erwirbt, Besitz."

Damit ist jedoch der Gehalt des erforderlichen Willens keineswegs richtig bestimmt.

Versteht man unter Besitz das äußere Factum, welches die eine Voraussetzung des Besitzesrechts bildet, so würde, je nachdem jenes in der Detention, oder dem usus juris besteht, der auf den Besitz gerichtete Wille gleich der bloßen affectio tenendi, oder aber ein Wille sein, der auf die Ausübungshandlungen gerichtet war, die schon wirklich vorgenommen sind.

Allein die bloße affectio tenendi fällt mit dem erforderlichen animus „possidendi" durchaus nicht zusammen. Jene ist fast immer schon mit den äußerlichen Bedingungen der Detention vorhanden. Sie kann, wie richtig bemerkt wird, vollständig nur etwa bei einem Schlafenden fehlen. Auch ein Wahnsinniger und ein Kind können sie haben. Und wo sie nicht, oder nicht in der erforderlichen Intensität vorhanden ist, fehlt damit schon das corpus, das äußere Factum; der animus, um den es sich hier handelt, ist aber nicht etwas mit dem äußern Factum Zusammenfallendes, sondern — wenigstens zum Theil — etwas zu ihm noch Hinzukommendes.

Es ist auch etwas weiter Gehendes, als ein auf das Besitzesrecht gerichteter Wille.

Der juristische Besitz ist freilich ein eignes Recht, und steht in einem Gegensatz zu der definitiven Rechtsordnung. Allein dieses Recht ist doch nur um der letzteren Willen da, und damit hängt es zusammen, daß sich seine Voraussetzungen auf die definitive Rechtsordnung beziehen. Wie das äußere Factum, welches vorausgesetzt wird, die Ausübung des petitorischen oder, allgemeiner gesagt, der definitiven Rechtsordnung angehörigen Rechts — resp. ein Surrogat derselben, die Detention — ist, so ist der erforderliche animus die Anmaßung

dieſes Rechts, d. h. der Wille, wie man es theilweiſe ſchon ausgeübt hat, ſo es weiter nach Belieben auszuüben.

Das Beſitzesrecht hat, wie oben erörtert wurde, ſeiner Qualität nach den nämlichen Inhalt, wie das entſprechende petitoriſche Recht; allein dieſen Inhalt will der Beſitzer nicht bloß innerhalb des Umfangs der proviſoriſchen Rechtsordnung, ſondern in dem Maße, wie es die definitive Rechtsordnung geſtattet, verwirklichen. Das Beſitzesrecht wird ihm nur gegeben, weil er mehr will, als es ſelbſt enthält, und würde es ſchon dem gegeben, der ſich nichts weiter, als ein Beſitzesrecht anmaßt, ſo läge in dem Inſtitut nicht bloß eine — zuletzt ihr doch wieder dienende — Beſchränkung der an und für ſich beſtehenden Rechtsordnung, ſondern eine Verſpottung derſelben.

Es braucht nicht erinnert zu werden, daß die Anmaßung des Rechts nicht mit der Ueberzeugung, daß es mir zuſtehe, der **animus dominii** nicht mit der **opinio dominii** zuſammenfällt. Es iſt aber auch nicht einmal nöthig, daß das angemaßte Recht eines petitoriſchen Schutzes genieße, obwohl dieß der bei weitem häufigſte Fall iſt. Freilich zwar muß es, wenn gleich nicht dem Beſitzer zuſtehen, doch objectiv beſtehen. Allein es iſt auch möglich, daß ein Recht exiſtirt, ohne daß es durch petitoriſche Klagen geſchützt iſt, oder zum Klagerecht werden kann.

Wie ſchon bemerkt, ſind die Rechte, in Betreff deren die Beſtimmung des **animus** der herrſchenden Anſicht gegenüber hauptſächlich von Nöthen war — abgeſehn von dem Fauſtpfandrecht und dem Recht des Sequeſters — dieſelben, die wir in §. 2. und 3. als eigenthumähnliche Nutzrechte in eine dritte Gruppe geſtellt haben. Die Künſtelei, dieſe Rechte als **jura in re aliena** zu behandeln, trägt hier ihre Früchte, und führt zu einer weitern Künſtelei, die den **animus „possidendi“** in ein falſches Licht ſtellt. Bei einigen zu der Fiction einer **detentio nomine alieno**, bei den andern zur Annahme eines „abgeleiteten“ Beſitzes, oder aber zur Trennung eines **animus dominii** und **domini**.

In Betreff der **detentio nomine alieno** beim Uſusfructus und der Superficies wurde ſchon das Erforderliche bemerkt. Allein auch die Scheidung eines **animus dominii** und **domini** iſt, wenn etwas Anderes ausgedrückt werden ſoll, als daß der bloße **animus domini** auf eine dem Eigenthum zwar quantitativ ungleiche, qualitativ aber gleiche Herrſchaft gerichtet ſei, eine unhaltbare Diſtinction. Ebenſo iſt aber auch die Annahme eines „abgeleiteten“ Beſitzes, bei welchem der **animus**

„possidendi“ auf ein fremdes Beſitzesrecht gerichtet ſein ſoll, zu verwerfen. Der animus „possidendi“ iſt in den bezeichneten Fällen gerade ſo die Anmaßung der Emphyteuſe, des Lehens u. ſ. w. wie der animus dominii die Anmaßung des Eigenthums, und er verbindet ſich mit der Detention zum Grund eines Beſitzesrechts, das ein gleichzeitiges auf den animus dominii geſtütztes Beſitzesrecht ebenſo nothwendig ausſchließt, wie die fraglichen Rechte, welche Gegenſtand der Anmaßung ſind, ein gleichzeitiges Eigenthum.

In Bezug auf das Beſitzesrecht des Vaſallen, des Emphyteuta, und des von mancher Seite ebenfalls hieher geſtellten Superficiars bedarf unſere Behauptung nach unſern Ausführungen in §. 2. keiner weitern Erörterung. Nur für das Precarium iſt ihre Anwendbarkeit nicht ſofort klar. Hier ſcheint ein eignes Recht, das Gegenſtand der Anmaßung ſein könnte, nicht zu beſtehen, vielmehr das Recht, welches ſich der Precariſt anmaßt, mit dem, welches in Folge dieſer Anmaßung durch die Interdicte geſchützt wird, zuſammenzufallen. Indeß muß eine genauere Betrachtung gleichwohl eine Unterſchiedenheit dieſer beiden Dinge ergeben.

Das Precarium kommt allerdings einem bloßen Factum ſehr nahe, einerſeits, weil es des petitoriſchen Schutzes entbehrt, anderſeits, weil es von dem Belieben des Gebers abhängt. Allein damit, daß es nicht zum Klagerecht werden kann, iſt noch nicht gegeben, daß es überhaupt kein Recht iſt; ſo wenig, als der obligatio naturalis wegen des Mangels einer Klage ganz der Charakter eines Rechtsverhältniſſes abgeht; und daß es dem beliebigen Wiederruf unterworfen iſt, macht doch zunächſt nur ſeine Fortdauer, nicht es ſelbſt zu etwas Factiſchem; das Verhältniß, welches bis zum Wiederruf beſtanden hat, bleibt trotz desſelben ein rechtliches. Nur zeigt ſich dieß freilich bloß darin, daß der Vermögenswerth, welcher die bis dahin ausgeübte Herrſchaft repräſentirt, dem Precariſten nicht wieder entzogen werden kann, und könnte das Precarium, auch wenn es petitoriſch geſchützt werden ſollte, doch wegen des beliebigen Wiederrufs dem Geber gegenüber nicht zum Klagerecht werden, ſo daß es allerdings inſoweit einen bloß relativen Charakter hat, und alſo ein äußerſt unvollkommenes dingliches Recht iſt.

Gleichwohl iſt es doch — in natürlichem Verſtand — ein Recht, und zwar ein dingliches, und iſt anderſeits gegen ein bloßes Beſitzesrecht, ſofern dieſes keinen Vermögenswerth enthält, und vermöge einer

andern Bedingung resolvirt wird, abgränzbar. Dieß aber einmal zugegeben, wird der **animus possidendi** des Precaristen, und der Umstand, daß sein Besitzesrecht ein gleichzeitiges des Eigenthümers ausschließt, unter den nämlichen Gesichtspunkt gestellt werden können, unter welchen das Besitzesrecht des Emphyteuta fällt.

Rücksichtlich der possessio des Faustpfandgläubigers und Sequesters bemerken wir nur noch, daß sie den Besitzesrechten der im Vorhergehenden angeführten Personen, welche eigenthumähnliche Rechte sich anmaßen, nicht gleichsteht; was nämlich die logische Nothwendigkeit anbelangt, daß ein gleichzeitiger Eigenthumsbesitz durch sie ausgeschlossen werde. Der Inhalt der Rechte, die der Faustpfandgläubiger und Sequester sich anmaßen, ist ein speciell bestimmter, regelmäßig — da das Veräußerungsrecht des Pfandgläubigers in dieser Beziehung nicht in Betracht kommt — auf die Befugniß, die Sache zu detiniren, beschränkter; wie daher neben ihnen ein Eigenthum fortbestehen kann, so ist auch ein Eigenthumsbesitz neben den correspondirenden Besitzesrechten nicht undenkbar, wenngleich dieß in den Quellen nicht anerkannt ist. Im Uebrigen nehmen wir, wie schon im Vorhergehenden liegt, auch hier keinen „abgeleiteten" Besitz an, sind vielmehr der Meinung, daß der **animus possidendi** dem **animus** der bisher angeführten Besitzer analog, auf eine eigne rechtliche Beziehung zur Sache gerichtet ist. Die Frage, in wie fern eine eigne dingliche Berechtigung, die sich der Sequester anmaßen kann, denkbar ist, wird im nächsten §. mit berührt werden.

§. 6.

Ueber die Gränze der Dinglichkeit.

Wir haben im vorigen §. nicht in Betracht gezogen, ob und wie weit sich das Besitzesrecht über den Bereich des Sachenrechts hinaus erstrecken kann. Der Grund davon ist nicht, daß wir ein obligatorisches Besitzesrecht für etwas gänzlich Unstatthaftes, oder vielmehr das, was in dieser Beziehung wirklich vorkommt, für etwas Anomales hielten. Wir haben vielmehr diese Ausdehnung des Besitzesschutzes übergangen, und erörtern sie auch jetzt nur in aller Kürze, weil uns das Besitzesrecht zunächst nur interessirt, soweit es unter die Gewere fällt, ein obligatorisches Besitzesrecht aber dem Gewerefystem fremd ist.

Diese Behauptung mag befremden, indem es sonst gerade als eine Eigenthümlichkeit jenes Instituts hervorgehoben wird, daß es sich in das Obligationenrecht hineinerstrecke, und der Besitzesschutz, den man h. z. T. in gewissen obligatorischen Verhältnissen zuläßt, auf das ältere deutsche Recht zurückgeführt wird. Allein es ist zu unterscheiden zwischen den Verhältnissen, welche in der That nur als obligatorische aufgefaßt werden können, und solchen, die nach römischem Recht allerdings nur in das Obligationenrecht gehören, aber ihrer Natur nach fähig sind, als dingliche behandelt zu werden. Letztere gehören zu dem Gegenstand unserer Betrachtung; von dem Besitzesrecht dagegen, welches bei wirklichen Obligationen vorkommt, wird gezeigt werden, daß es nicht, wie man häufig annimmt, deutschen Ursprunges ist, und es soll daher nur mit einigen Worten berührt werden.

Ein solches ist allerdings keine „völlige Absurdität," sobald man einmal von der etymologischen Bedeutung von „Besitz" absieht. Es

kann zunächst vorkommen bei Obligationen, die auf Unterlassungen gerichtet sind, und wir haben im vorigen §. angedeutet, daß ein Besitzesrecht, welches sonst als dingliches vorkommt, in gewissen Fällen zu einem obligatorischen dieser Art einschrumpft.

Es wurde von uns geltend gemacht, daß die Vindication, welche man dem Eigenthümer trotz der Vindication und actio confessoria des Superficiars und Usufructuars zugesteht, einem Recht entspricht, welches man ein relativ dingliches nennen kann, das aber genau genommen ein Complex obligatorischer Ansprüche ist. Denn der Superficiar und Usufructuar haben ein Recht, die Sache zu besitzen, und soll daher ein solches Recht nicht Mehreren in solidum zustehen, so kann die Berechtigung des Eigenthümers nur ein Forderungsrecht sein, das er gegen alle Personen außer dem Superficiar und Usufructuar darauf hat, daß sie ihm den Besitz der Sache nicht entziehen oder vorenthalten. Diesem petitorischen Forderungsrecht entspricht nun auch ein Besitzesrecht, das nur als ein relatives, obligatorisches, aufgefaßt werden kann.

Was Obligationen anbelangt, die auf positive Handlungen gerichtet sind, so ist allerdings auch hier ein Besitzesrecht denkbar; allein das Institut hat hier keineswegs die volle Bedeutung, die ihm im Sachenrecht zukommt. Damit, daß ein petitorisches Recht, dem ein Besitzesrecht correspondiren soll, einer mehrmaligen Ausübung fähig sein muß, und also eine obligatorische Herrschaft von der Art vorausgesetzt wird, daß die mehreren Ausübungshandlungen, welche möglich sind, als Ausübung einer Obligation erscheinen, ist zunächst die extensive Bedeutung des Instituts im Obligationenrecht eine weit geringere, als im Sachenrecht. Allein auch seine intensive Bedeutung ist nicht die gleiche. Denn die Tendenz, eine Gewalt zu verhüten, welche dem dinglichen Besitzesrecht zum Theil seinen Gehalt verleiht, fällt hier weg; nicht weil in obligatorischen Verhältnissen kein Anlaß zur Gewalt liegen könnte, sondern weil es umgekehrt nicht erst eines Besitzesrechts bedarf, damit hier die Eigenmacht als Gewalt dastehe.

Handlungen können nicht — unmittelbar — erzwungen werden; was erzwungen werden kann, ist immer nur ein Surrogat der Handlung; und wenn die Behörde für den Fall, daß der Schuldner nicht freiwillig erfüllt, dieses Surrogat an die Stelle der Handlungen setzen kann, so ist doch der Gläubiger nicht befugt, dieß aus eigner Macht zu thun. Es bedürfte also hier erst einer besondern Einrichtung, damit

eine gerechte Selbsthülfe möglich würde, bevor daran gedacht werden könnte, die Selbsthülfe durch Erschaffung eines Besitzesrechts in gewissen Fällen zur Gewalt zu stempeln. Wer das geschuldete Geld oder auch die geschuldete Species dem Schuldner eigenmächtig abnimmt, hat damit nicht die Obligation erzwungen, sondern immer nur — abgesehn von der etwaigen Gewalt gegen die Person — das Eigenthum des Schuldners verletzt. Es wird daher ein Besitzesrecht des Gläubigers nicht bewirken können, daß in den Handlungen des Schuldners, welcher sich gegen seine Eigenmacht vertheidigt, eine Gewaltthat liegt, und nicht erst ein Besitzesrecht des Schuldners auf die entsprechende Unterlassung nöthig sein, um die Eigenmacht des Ersteren zum Unrecht zu machen. Eine angriffsweise sich äußernde Eigenmacht des Schuldners, zu welcher die Obligation den unmittelbaren Anlaß geben könnte, ist ohnehin undenkbar.

Der Gehalt dieses obligatorischen Besitzesrechts reducirt sich daher auf die Beweisersparung, und wenn ein solches hiernach auch keine Absurdität ist, so verdient es doch nicht, mit solchem Pomp aufgeführt zu werden, wie von mancher Seite geschieht.

Ganz anders sind dagegen gewisse Verhältnisse anzusehen, die im Corpus j. c. allerdings ausschließlich dem Obligationenrecht zugetheilt sind, in denen aber nach den Rechtsbüchern eine Gewere, nach neuern Gesetzbüchern wenigstens ein Besitzesrecht stattfindet — Leihe, Pacht, Miethe.

Diese Verhältnisse sind an und für sich dinglicher Natur. Es findet hier ganz die nämliche unmittelbare Einwirkung auf die Sache statt, wie bei dinglichen Rechten, und liegt das nämliche völlig berechtigte Interesse vor, jeden Dritten (überhaupt oder in gewissen Beziehungen) von einer Einwirkung auf die Sache auszuschließen.

Das Recht des Zeitpächters oder Miethers ist einer Emphyteuse oder einem Nießbrauch ganz analog; der Unterschied in Hinsicht des materiellen Gehalts besteht vornehmlich darin, daß jenem regelmäßig nur eine mehr vorübergehende Dauer gesichert sein wird.

Wie kann aber, wenn der Ususfructus für die Lebenszeit des Berechtigten besteht, das Recht des Miethers dagegen auf eine nach dem Kalender bestimmte und meist kürzere Zeit bestellt wird, dieser Umstand dem Letzteren die dingliche Natur rauben? Oder warum sollte bei der Abstufung, welche in den Rechten an Bauergütern von der Erbpacht und

dem Meyerrecht zu dem lebenslänglichen Colonat und der Zeitpacht statt findet, mit der Beschränkung auf eine bestimmte Zeit die Gränze gezogen sein, von der ab das Obligationenrecht beginnt?

Man weiß auch dafür, daß diese Verhältnisse nicht dinglicher Natur seien, keinen Grund anzugeben, als daß die dinglichen Klagen fehlen, und wenn man fragt, warum sie nicht gegeben werden, so wird von dem Mangel einer dinglichen Natur gesprochen. Mit solchen Cirkelfolgerungen ist aber der Sache keine Genüge gethan, und sie können jedenfalls nicht benutzt werden, wenn es sich eben um die Eigenthümlichkeit eines positiven Rechts handelt, daß es hier eine dingliche Klage zugesteht.

Das Wesen des dinglichen Rechts liegt in der Unmittelbarkeit berechtigter Einwirkung auf die Sache; und da diese vorhanden ist, so sind diese Verhältnisse auch fähig, als dingliche behandelt zu werden. Und sie sind nicht bloß hierzu fähig, sondern es ist ihnen durch die Behandlung, die sie im römischen Recht erfahren, ihre dingliche Natur noch keineswegs ganz und gar geraubt. Wo eine Klage ist, da muß auch ein Recht sein; aber es ist kein unumgängliches Requisit des Rechts, daß es zum Klagerecht werden kann. Es besteht vielmehr zwischen jenen Rechten und den vollkommenen dinglichen Rechten ein ähnliches Verhältniß, wie zwischen der obligatio naturalis und civilis.

Daß ihnen aber die dinglichen Klagen im römischen Recht versagt, und sie nur durch die Klagen des Eigenthümers, wie durch bloße Außenwerke, geschützt sind, muß auf einen materiellen Grund zurückgeführt werden, und man hat in dieser Beziehung sein Augenmerk auf die mancherlei Umstände zu richten, welche eine gewisse Stetigkeit der dinglichen Berechtigung zum Bedürfniß machen.

Für uns genügt es, daran erinnert zu haben, daß es keinenfalls „der Natur der Sache" widerspricht, wenn die Gränze der Dinglichkeit in Rücksicht auf diese Verhältnisse erweitert ist. Wir bemerken noch, daß uns die neuern Gesetzbücher [34]) zweckmäßig zwischen dem römischen und dem ältern deutschen Recht zu vermitteln scheinen, wenn sie dem Leiher und dem Miether wenigstens einen provisorischen dinglichen Schutz verleihen, und wir müssen ganz und gar leugnen, daß hierin, sofern anderseits die petitorischen Klagen versagt sind, ein Widerspruch liegt.

Wie schon bemerkt, sind die in Rede stehenden Rechte als dingliche

34) Preuß. Landr. I. 7, §. 3, und §. 6; Zürcher Gesetzb. §. 490.

vorhanden, obgleich sie nicht zu dinglichen Klagerechten werden können, und da sie existiren, können sie auch Gegenstand der Anmaßung sein, so daß der erforderliche animus „possidendi“ denkbar ist. Das Besitzesrecht dieser Personen bietet in dieser Hinsicht durchaus keine größeren Bedenken dar, als das des Precaristen.

Jedenfalls, mag ein Besitzesrecht anerkannt sein oder nicht, findet hier keine, oder doch nicht eine bloße detentio nomine alieno statt. Der Leiher und der Miether detiniren nicht, um dem Eigenthümer die Benutzung der Sache zu ermöglichen, sondern um sie selbst zu benutzen. Ob sie insofern wenigstens mit für den Eigenthümer detiniren, als ihre Detention und ihre Anerkennung des fremden Eigenthums für jenen die Möglichkeit zur Folge hat, ihm etwa verbleibende gegenwärtige Befugnisse auszuüben, oder ob ihre Detention dem Eigenthümer für sein Besitzesrecht lediglich angerechnet wird, muß sich danach richten, ob der Leih- oder Miethvertrag auf ein Recht gerichtet war, das seinem Gehalt nach mehr einem usus, oder mehr einem Nießbrauch gleichkommt.

Detentores nomine alieno im vollen Sinn des Worts sind in Wahrheit nur der Procurator, Depositar, Dienstbote; obwohl auch hier eine Einschränkung gemacht werden muß.

Insofern diese Personen dem Eigenthümer für die Sache haften, detiniren auch sie für sich, nur darum in keiner Beziehung weniger für den Eigenthümer. Ihr Interesse ist von der Art, daß es nur insoweit angegriffen werden kann, als auch das des Eigenthümers verletzt wird, und aufhört angegriffen zu sein, sobald jener dem Dritten gegenüber sein Recht durchgesetzt hat. Es fällt seiner Richtung nach mit dem Interesse des Eigenthümers völlig zusammen, und kann eben deshalb, wenn nicht eine dingliche Berechtigung in solidum stattfinden soll, nicht gleichzeitig mit jenem in der Form eines dinglichen Rechts zur Anerkennung kommen.

Immerhin ist ein eignes — durch ihre Haftpflicht vermitteltes — Interesse jener Detentoren, ihre Beziehung zur Sache zu erhalten, vorhanden, und da nicht bloß die Verletzung dieses Interesses in der Verletzung des Eigenthümers, sondern umgekehrt auch diese in jener aufgehoben wird, so ist eine Rechtsbildung denkbar, vermöge deren gerade der Detentor ausersehen wird, den Zustand wieder herzustellen, durch dessen Veränderung beide Theile verletzt werden, und deshalb eine dingliche Berechtigung erhält. Abgesehn aber von einer solchen Rechtsbildung

ist auch damit, daß die Beziehung des Detentors zur Sache nicht von einem willkürlichen Wiederruf abhängt, sondern nur unter bestimmten Bedingungen aufhört, ein in der Art der vorhin besprochenen Verhältnisse dingliches Recht gegeben [35]), dessen Anmaßung den für ein Besitzesrecht erforderlichen animus „possidendi" bilden kann.

Wir beziehen uns damit auf das Interdictenrecht des Sequesters, und mit der vorhergehenden Bemerkung auf das eine von den Instituten, welche durch die Regel: „Hand muß Hand wahren" zusammengefaßt werden.

---

35) Es mag vielleicht als ein Widerspruch erscheinen, daß wir hier erst mit dem Ausschluß des beliebigen Wiederrufs eine — im natürlichen Verstand — dingliche Berechtigung annehmen, während wir beim Precarium trotz desselben eine solche anerkannt haben. Inzwischen wurde schon zugegeben, daß das Precarium eben wegen des beliebigen Wiederrufs ein höchst unvollkommenes dingliches Recht sei. Wenn aber gleichwohl dort noch ein Anlaß gegeben ist, von einer dinglichen Berechtigung zu sprechen, so ist darauf hinzuweisen, daß außer der Festigkeit, die die Beziehung einer Person zur Sache hat, noch die Frage in Betracht kommt, ob sie einen Vermögenswerth für sie enthält. Wenn die Herrschaft über eine Sache erst damit, daß sie schon ausgeübt ist, von der Willkür eines Andern unabhängig wird, so bleibt als einziger Grund, sie als ein Recht zu behandeln, der Umstand übrig, daß der Vermögenswerth, den die schon ausgeübte Herrschaft repräsentirt, nicht wieder entzogen werden kann. Davon kann aber rücksichtlich der oben genannten Personen um des Willen nicht die Rede sein, weil ihre Beziehung zur Sache von vornherein nur einen Vermögenswerth für den Herrn hat. Allerdings haben auch sie ein Interesse, ihre Beziehung zur Sache zu erhalten; allein nur, insofern sie dem Herrn haften; also ein Interesse, welches gerade dadurch, daß der Herr selbst diese Beziehung aufhebt, nicht berührt wird.

Zweiter Theil.

Die Gewere.

§. 7.

Geschichte des Wortes Gewere.

Nachdem man in mehreren neuesten Arbeiten über unsern Gegenstand sich bereits dazu verstanden hat, an der durch Grimm schon länger nachgewiesenen Etymologie von „Gewere" festzuhalten [36]), können wir es unterlassen, auf die Gründe, die zur Annahme derselben nöthigen, zurückzukommen. Indem wir davon ausgehen, daß „Gewere" von werjan (vasjan) = vestire abstammt, und als juristischer Ausdruck zuerst den Act bezeichnete, der als vestitura schon vielfach Gegenstand germanistischer Untersuchungen gewesen ist, versuchen wir nur zu erklären, wie das Wort zu der veränderten, und anderseits mehrfachen Bedeutung kam, mit der es uns in den Rechtsbüchern entgegentritt; insbesondere auch, wie es das dingliche (Vermögens-) Recht bezeichnen konnte.

I. Wir fragen zunächst: In welcher Beziehung drückte das Wort jenen Act aus, der neben der (vorzugsweise sogenannten) Salung als eine bei der Uebertragung des dinglichen Rechts an Grundstücken gebräuchliche Handlung vorkommt?

In der Regel spricht man von einer Bekleidung mit der factischen Gewalt über die Sache [37]), nimmt also den ursprünglichen Gebrauch

---

36) Gerber, Ztschr. f. Civilr. u. Pr., B. XI, S. 1—55; Sandhaas, Germanistische Abhandlungen; Stein, Deutsches Sachenrecht (s. insbes. S. 16, 143 ff.); Stobbe, in der Encyklopädie von Ersch u. Gruber (S. 432).

37) Grimm, R. A. S. 556; Gerber, Stein, Stobbe, a. a. O.

des Wortes für einen bildlichen. Allein wenn jener Act auch eine Einräumung des körperlichen Besitzes enthielt — was zugegeben werden muß — so ist doch der Besitz als das Kleid, mit welchem die zu vestirende Person angethan wurde, lediglich supponirt, und es ist dieß eine Supposition, die nicht unwichtige Folgen hat. Denn vermöge derselben geschieht es, daß man, sofern „gewere" späterhin nicht mehr einen Act, sondern ein Verhältniß bezeichnet, der Bedeutung „dingliches Recht" nicht gerecht zu werden vermag.

Gegenüber solchen Consequenzen bleibt freilich zunächst noch zu fragen, warum, wenn einmal der Ausdruck als ein bildlicher genommen werden soll, nicht ebenso gut eine Einkleidung in das dingliche Recht, wie eine Einkleidung in den Besitz gemeint sein konnte. Allein wir müssen überhaupt eine ursprünglich bildliche Bedeutung, sei es der Einkleidung in das Recht, sei es in den Besitz, in Abrede stellen, und behaupten, daß bei dem fraglichen Act die Formalität einer wirklichen Bekleidung statt fand, welche ihm den Namen gab.

Um diese Behauptung zu rechtfertigen, erinnern wir zuvörderst daran, daß man in der Zeit, bis zu welcher die Anwendung des Wortes als eines juristischen Ausdruckes zurückzuverlegen ist, jedenfalls nicht die Abstractionen Besitz und Eigenthum in Gedanken und Worten handhabte, sondern da, wo wir von Besitz und Eigenthum sprechen, von der Sache selbst redete, an welcher Besitz und Eigenthum statt fand. Dieß zugegeben fragen wir aber, ob das ungeheuerliche Bild der Bekleidung mit einem Grundstück möglich war, und so gebräuchlich werden konnte, daß es zum technischen Ausdruck wurde.

Freilich, wenn bei dem fraglichen Ausdruck die Formalität einer wirklichen Bekleidung statt fand, so war sie die Ausführung eines Bildes, in welchem das angewendete Kleidungsstück dem Grundstück correspondirte. Allein dieß ist doch etwas wesentlich Anderes, als ein Sprachgebrauch, bei welchem man sich das Grundstück unmittelbar als ein Kleid vorstellte.

Durch ein Beispiel, welches uns die Lex Salica darbietet, wird dieß anschaulicher werden. In der vielbesprochenen Stelle derselben (Tit. 49) über die Affatomie kommt das Symbol des Halmwerfens vor. Anstatt der Redensart „festucam in laisum jactare" wird nun einmal auch die Wendung gebraucht: „fortunam suam in laisum jactavit," und ebenso heißt es in einer Markulfischen Formel (1, 13): „— villas — visus est laisowerpisse vel condonasse." Allein Jeder-

mann wird zugeben, daß dieſe Phraſe unmöglich war, wenn ſie nicht durch das wirkliche Werfen des Halms vermittelt worden. Die Perſon mit einem Grundſtücke zu coſtümiren, möchte aber keine viel härtere Aufgabe für die Einbildungskraft geweſen ſein, als ihr ein Grundſtück in den Buſen zu werfen.

Als das Kleidungsſtück, welches zu der Formalität gebraucht wurde, finden wir nur den Handſchuh (wanta, wanto, guanto, chirotheca) [38]; dieſer iſt aber auch durch zahlreiche Urkunden als ein bei Franken, Sachſen, Baiern, Alemannen und Longobarden gebräuchliches Symbol bezeugt.

L. Bajuwar. (XVII, 2): — vestita est illius manus, cui tradidi.

Neugart, cod. diplom. Alem., 23 (a. 758): manu vestita possidere.

Falke, trad. Corb. p. 266: Jussit illarum rerum fieri consignationem et manus vestituram —

Ibid. p. 271: — manus vestituram fecit.

Notgerus, Vita Hadelini, nr. 101: — cumque wantum in manu, ut moris est, teneret —

Lindenbrog., privileg. Hamburg., nr. 33: — cum chirotheca, sicut mos est liberis Saxonibus, tradidit. [39])

Unſere Behauptung hat nun ihre Conſequenzen. Wenn „Gewere" ſich urſprünglich auf die Formalität einer wirklichen Bekleidung bezog, ſo hob das Wort, ſofern es den ganzen Act bezeichnete, an ihm zunächſt hervor, daß er ein feierlicher war [40]). Wurde er nun weiterhin mit Rückſicht nicht bloß auf ſeine Beſchaffenheit, ſondern auch auf ſeine Wirkung ins Auge gefaßt, ſo wollte man in entſprechender Weiſe mit dem Wort nicht ſeine factiſchen Folgen — den Beſitz — urgiren, ſondern ſeine rechtlichen Folgen; alſo doch wohl den Uebergang des ding-

38) Der Hut wird erſt viel ſpäter gebraucht. Dagegen iſt wohl der etymologiſch noch nicht erklärte Andelang (andelangus, andilago, wandilago), der in ältern Urkunden oft an der Stelle aufgeführt wird, wo ſonſt der Handſchuh vorkommt, ein Kleidungsſtück geweſen. Vgl. Grimm, R. A., S. 146, und 157.

39) Vgl. die zahlreichen andern Urkunden bei Grimm, R. A., S. 152 u. f.

40) Dieß zeigt ſich deutlich in der Redensart der oben angeführten alem. Urkunde „manu vestita possidere," und in den Worten der Lex Bajuwar. „vestita est illius manus, cui tradidi."

lichen Rechts. Denn nur zu den rechtlichen Folgen des Acts steht die Feierlichkeit in einer Beziehung.

II. Die Frage, die wir hiermit berührt haben, ob die ursprüngliche vestitura für den Uebergang des dinglichen Rechts von Grundstücken wesentlich war, ist eine sehr bestrittene.

Allerdings ist der Grund, welcher in der vorangegangenen Bemerkung enthalten ist, wie uns scheint, schon durchschlagend für ihre Bejahung; dem Vorhalt, warum mit dem Act eine Feierlichkeit verbunden wurde, wenn er rechtlich bedeutungslos war, und worin andernfalls die rechtlichen Wirkungen bestanden haben sollen, wenn nicht eben in dem Uebergang des dinglichen Rechts, begegnen die Vertreter der entgegengesetzten Ansicht [41]) mit sehr unbefriedigenden Erklärungen.

Um aber die Frage näher zu beleuchten, und weil es überhaupt für eine Einsicht in die Geschichte unseres Ausdruckes unumgänglich ist, versuchen wir jetzt zusammenzufassen, was sich für die Zeit der Volksrechte und Capitularien mit einiger Sicherheit von der Uebertragung des dinglichen Rechts behaupten läßt. Dabei können wir von dem Satz ausgehen, den nicht leicht Jemand bestreiten wird, daß es nach germanischem Recht für das dingliche Recht an Grundstücken keine formlose Uebertragung gab; daß es nur überging vermöge eines Acts vor Gericht, oder doch vor Zeugen. Die Bedeutung der Schrift, welche bei Veräußerung von Grundstücken eine augenfällige Rolle spielt, braucht hier nicht besonders erörtert zu werden. Denn die charta ist immer eine vor Gericht erlangte, oder von Zeugen unterschriebene. Ihr Gebrauch steht also in keinem Gegensatz zu jenen Erfordernissen; anderseits liegt eine Untersuchung, wie weit er zu ihnen als besondere Solennität hinzutrat, wie weit er nur dem Erweis des Rechts diente, unserem Interesse ferner. — Wir erörtern nun zunächst, ob die Zuziehung von Zeugen — gegenüber der Mitwirkung des Gerichts — eine genügende Form war, und gehen erst dann zu der Frage über, ob zu einer dieser Formen die Einweisung in den Besitz hinzutreten mußte.

Die allgemeine Ansicht war früher, daß ein gerichtlicher Act zur Uebertragung des dinglichen Rechts an Grundstücken durchgängig nothwendig gewesen sei. Erst Beseler [42]) hat dieß in Zweifel gezogen,

41) Beseler, Erbverträge, S. 28 ff.; Brackenhöft, in der Zeitschr. f. d. R., Bd. 8, S. 49 ff.

42) A. a. O. S. 38 ff.

und noch neuerdings ist ein germanischer Schriftsteller [43]) diesem Angriffe auf einen der „principiellsten Sätze des ganzen deutschen Rechtssystems" fast mit Entrüstung entgegengetreten. Gleichwohl ergiebt eine unbefangene Betrachtung der Volksrechte, Capitularien und Formeln, daß Beseler im Recht ist. Wir stellen die hieher gehörigen Quellenstücke im Folgenden zusammen [44]).

1. Lombardisches Recht.

L. Rotharis, c. 172. Si quis res suas alii thingere voluerit, non absconse, sed ante liberos homines ipsum garathinx faciat, quatenus qui thingat et qui gisil fuerint liberi sint, ut nulla in posterum oriatur contentio.

Von einer Uebertragung vor Gericht ist hier keine Rede, und die Einschränkung, daß zu Zeugen nur Freie genommen werden sollen, würde überflüssig sein, wenn man annehmen wollte, der Gesetzgeber habe eine Veräußerung im echten Ding im Sinn gehabt. Die Nothwendigkeit eines gerichtlichen Acts erscheint vielmehr als eine spätere Neuerung.

Leg. Lotharii I, 12. Ut Cancellarii electi boni et veraces chartas publice conscribant ante comitem, et scabinos et vicarios ejus.

2. Lex Burgundionum.

Tit. 43. — Ideoque hoc ordine in populo nostro donationes factae et testamenta valebunt, ut quinque aut septem testes donationi aut testamenta, prout possunt, aut signa aut subscriptiones adjiciant. Quod si minor testium numerus interfuisse probetur, facta donatio, aut conditum testamentum, nullam habere poterit firmitatem.

Tit. 60. — ne tam paucis testibus commissa res valeat. Ceterum si quis posthaec Barbarus vel testari voluerit, vel donare, aut Romanam consuetudinem, aut Barbaricam esse

43) Stein, a. a. O. S. 25.

44) Eine Zusammenstellung des größern Theils der folgenden Quellenstücke findet sich auch bei Sandhaas (Germanist. Abhandl. S. 25 ff.), mit dem wir, soweit es sich um die Ueblichkeit einer außergerichtlichen Uebertragung handelt, übereinstimmen. Wir glauben uns inzwischen von einer nochmaligen Vorführung derselben nicht dispensirt, weil sie einer genauern Interpretation fähig sind, als welche Sandhaas gegeben hat.

servandam sciat, si vult aliquid firmitatis habere, quod gesserit, id est aut scripturis legitimis, quod largiri cuicunque voluerit, teneatur, aut certe quinque ingenuorum testimonio quod dimittere voluerit, vel donare, robur accipiat, et in ejus, cui res deputata fuerit, jura commigret.

Add., I, 12. Si quis mancipium, aut agrum aut vinum aut aream vel domum factam in quocunque loco comparaverit, jubemus, ut si non fuerit firmata, aut subscripta, pretium perdat. Certe si a loci illius consistentibus scriptura ipsa signata non fuerit aut septem aut quinque testibus. Certe si quinque testes ad praesens inventi non fuerint, a tribus idoneis testibus loci illius consistentibus, quorum fama nunquam maculata est, praecipimus subscribendam.

In dieſen Stellen wird überall nur die Zuziehung von Zeugen gefordert; und daß man hierbei nicht an Zeugen zu denken hat, die vor Gericht noch namentlich aufgerufen werden, und die dort auszufertigende charta zu unterſchreiben haben [45]), ergiebt ſich auch aus poſitiven Andeutungen. Denn was ſollte die wiederholte Einſchärfung in Betreff einer zu geringen Zahl von Zeugen, und die Beſtimmung, daß für den Nothfall drei Zeugen genügen ſollen, wenn die Veräußerung jedenfalls vor der Gerichtsverſammlung vorgenommen werden mußte. Ebenſo ergiebt ſich eine ſolche Andeutung auch aus der Art, in welcher die zweite Stelle das römiſche Privatteſtament der consuetudo barbarica gegenüberſtellt. Es wird lediglich die ſchriftliche Form jenes hervorgehoben, das Unterſcheidende alſo darein geſetzt, daß zu der bloßen Anweſenheit der Zeugen dort noch ihre Mitwirkung bei Herſtellung einer charta hinzukommt.

3. Alemanniſches Recht.

L. Alemann., tit. I. Si quis liber res suas vel semet ipsum ad ecclesiam tradere vult, nullus habeat licentiam contra dicere. Et si quis hoc voluerit facere, per chartam firmitatem faciat, et testes sex vel septem adhibeat, et nomina eorum ipsa charta contineat, et coram sacerdote, qui ad eandem ecclesiam deservit, super altare ponat, et proprietas de ipsis rebus ad ipsam ecclesiam in perpetuum permaneat.

45) Vgl. L. Ripuar., 59.

tit. XIX. Res ecclesiae de laicis absque charta nullus praesumat possidere, et si chartam non ostenderit, quod comparasset a pastore ecclesiae, possessio semper ad ecclesiam pertineat.

tit. XX. — si (pastor ecclesiae) concambium fecerit aut de mancipio aut de terra, semper epistolam firmitatis faciat, ut contentio non fiat, nec ecclesia perdat, quod legitime possidere debeat.

Von dieſen Stellen ſpricht die erſte entſchieden gegen die Nothwendigkeit gerichtlicher Veräußerung; es iſt darin bloß von Zeugen die Rede, die die charta unterzeichnen ſollen, und die Tradition geht darnach in der Kirche, nicht an der Gerichtsſtätte vor ſich. Gegen die andern Stellen kann man geltend machen, daß ſie ſchlechthin von einer charta reden, unter der man ſich vielleicht eine vor Gericht erlangte denken müſſe, und gegen alle, daß ſie nur auf beſtimmte Fälle zu beziehen ſeien, und für die Regel nichts beweiſen. In den Beſtimmungen der Titel I. und XX. könnte eine Begünſtigung der Kirche zu ſuchen ſein, in Betreff des Tit. XIX. aber iſt zu erinnern an das Princip der perſönlichen Rechte, welches wir bei dem Erwerb von Grundſtücken ſonſt [46]) in der Weiſe durchgeführt finden, daß das perſönliche Recht des Auctors entſcheidet. Es könnte nun in unſerer Stelle entgegen dieſem Grundſatz das römiſche Recht ausgeſchloſſen werden, ohne daß doch der Geſetzgeber anderſeits die volle Strenge des alemanniſchen Rechts zur Geltung bringen wollte.

Was das erſte Bedenken anbelangt, ſo iſt gewiß nicht anzunehmen, daß für oneroſe Erwerbungen der Kirche eine ſtrengere Form gefordert worden ſei, als für lucrative, die ſie nach Tit. 1 und 2 ohne Mitwirkung des Gerichts machen kann. Iſt aber einmal die in Tit. 13 geforderte charta nur eine von Zeugen unterſchriebene, ſo kann auch in dem unmittelbar danebenſtehenden Titel keine andere gemeint ſein. Um ferner anzunehmen, daß in Tit. 1 eine beſondere Beſtimmung zu Gunſten der Kirche getroffen werde, braucht man nicht erſt in der Form der Veräußerung eine Singularität zu ſuchen. Denn dieſe iſt ſchon in den Worten enthalten „nullus habeat licentiam contradicere“, indem

46) Cap. II. a. 819, 8: Porro adversus ecclesiasticas res eadem sententia maneat, quae tempore Domini et genitoris nostri fuerat prolata, ut ecclesiarum defensores res suas contra suos adpetitores eadem lege defendant, qua ipsi vixerunt qui easdem res ecclesiis condonaverunt. L. Burg. LV, 2.

hierdurch das Widerſpruchsrecht der Erben ausgeſchloſſen wird, und es erſcheint ganz angemeſſen, wenn der Geſetzgeber bei Ertheilung dieſer Gunſt die Beobachtung der üblichen Form einſchärft [47]). Tit. 19, in Verbindung mit dem folgenden Titel, hat allerdings den Zweck, eine aus der verſchiedenen Nationalität der Parteien entſpringende Colliſion zu beſeitigen; allein aus der kurzen Faſſung der Dispoſition läßt ſich viel eher ſchließen, daß einfach auf die Vorſchrift des einen Rechts verwieſen, als daß etwas Beſonderes feſtgeſetzt werde, das weder nach römiſchem, noch nach alemanniſchem Recht galt.

So ſpricht denn die Lex Alemannorum keineswegs für die Nothwendigkeit eines gerichtlichen Acts; in Urkunden aus dem 9ten und 10ten Jahrh. kommt aber allerdings neben der bloß vor Zeugen erfolgten Tradition eine Mitwirkung des Gerichts vor.

Neugart. cod. dipl. Alem. Nr. 351 (a. 854). Haec traditio facta est in dicto monasterio —

Nr. 554 (a. 885). — Actum in publico mallo coram A. comite —

Nr. 727 (a. 947). — Tunc datis nunciis a comite — vestituram acceperunt.

4. Baieriſches Recht.

L. Bajuw. I, 1. Ut, si quis liber Bajuwariorum vel quiscunque allodem suam ad ecclesiam, vel quamcunque rem donare voluerit, liberam habeat potestatem.

— Et quicquid donaverit, villas, terram, mancipia, vel aliquam pecuniam, omnia quaecunque donaverit pro redemtione animae suae, hoc per epistolam confirmet propria manu sua ipse, et testes adhibeat sex vel amplius si voluerit, et imponant manus suas in epistola, et nomina eorum notent ibi, quos ipse rogaverit. Et tunc epistolam ponat super altare — —

XV, 2. Si quis vendiderit possessionem suam alicui, terram cultam, non cultam — aut per chartam, aut per testes comprobetur firma emtio; ille testes per aurem debet esse tractus, quia sic habet lex nostra. Duo vel tres debent esse testes.

Ibid. 12. Quicquid vendiderit homo aut comparaverit, qualemcunque rem, omnia sint firmata aut per chartas, aut per

47) Man vgl. auch den gleich folgenden Tit. I. der Lex Bajuwariorum.

testes, qui hoc probare possint; hoc est de mancipiis, de terra, casis, vel silvis, ut postea non sit contentio.

Zunächst erscheint nach allen diesen Stellen die Zuziehung von Zeugen genügend. Doch könnte man in den zuletzt angeführten eine Andeutung finden, daß wenigstens neben dieser auch die Mitwirkung des Gerichts vorkam. Denn die wiederholte Entgegensetzung „aut per chartam, aut per testes" erscheint passender, wenn man sich die charta als eine vor Gericht zu erlangende denkt. Wie wir sogleich sehen werden, hat bei den Ripuariern die charta in der That diese Bedeutung. Auf der andern Seite ist jedoch zu bedenken, daß z. B. in der Lex Burgundionum die scripturae legitimae der Römer — d. h. das römische Privattestament — den Zeugen ganz auf dieselbe Weise entgegengesetzt werden, und daß auch in vielen andern Stellen „aut — aut" keineswegs einen scharfen Gegensatz ausdrückt [48]). Ebenso ist ja in Tit. 1. von einer Urkunde die Rede, die keine vor Gericht ausgehändigte ist, so daß mit dem Erforderniß der Schriftlichkeit nicht wohl ohne Weiteres auch das der Gerichtlichkeit ausgesprochene sein konnte.

Die Concurrenz der gerichtlichen Auflassung muß daher für die Zeit der Lex Bajuwar. mindestens dahin gestellt bleiben, und auch unter den Urkunden aus der Carolingischen Zeit habe ich keine gefunden, die ein bestimmtes Zeugniß für eine Mitwirkung des Gerichts enthielte.

Meichelbeck, hist. frising. Nr. 607 (a. 839). Ipse vero Ratolt viriliter circumcinctus gladio stabat in medio triclinio domus suae tradiditque, quicquid ibidem habuit.

Nr. 537 (a. 829). — quicquid in locis habuerunt, firmiter tradiderunt in altarem. Hoc factum est in domo S. Mariae in Fris.

Nr. 331 (a. 816). — et I. comes et alii multi, qui hoc viderunt et audierunt, dixerunt, quod in cunctis conciliis fuissent, et narraverunt, quod A. presbyter cum uno C. tradidisset, quidquid proprie hereditatis habuisset, ad monasterio F.

Nr. 360 (a. 817). Surrexit in publico synodo Frisinga congregato in praesentia cunctorum, qui in eodem concilio congregati adesse videbantur et tradidit. Haec sunt testes per aures tracti.

---

48) So heißt es z. B. in L. Burg., XII: „— aut septem, aut quinque testes —".

Nr. 395 (a. 819). — omnibus simul audientibus in publico synodo Frisinga congregato, ibique coram cuncta congregatione accessit ad altare S. M. ipse M. — et tradidit.

Nr. 304 (a. 816). — episcopus consecravit ecclesiam. Tum demum venit S. coram illa multitudine, qui ad illam celebritatem venerat — et tradidit, et cum testium munitione firmavit.

Für den größern Theil dieſer Urkunden iſt durch die ausdrückliche Angabe des Ortes, wo die Tradition vor ſich ging, die Annahme eines gerichtlichen Actes ausgeſchloſſen. Nur in Nr. 331 u. 360 iſt der Ort der Handlung nicht näher bezeichnet, und man könnte geneigt ſein, unter den „in publico synodo," „in cunctis conciliis" erfolgten Traditionen gerichtliche Auflaſſungen zu verſtehen; allein dieſer Annahme wird widerſprochen dadurch, daß in andern Urkunden die gleichen Ausdrücke lediglich auf die in der Kirche verſammelte Menge ſich beziehen.

5. Fränkiſches Recht.

Lex Ripuar., tit. 59 (61). Si quis alteri aliquid vendiderit, et emtor testamentum venditionis accipere voluerit, in mallo hoc facere debet et pretium in praesente tradat, et rem accipiat, et testamentum publice conscribatur. Quodsi parva res fuerit, septem testibus firmetur. Si autem magna, duodecim roboretur.

tit. 60 (62). Si quis villam aut vineam vel quamlibet possessiunculam ab alio comparaverit et testamentum accipere non potuerit, si mediocris res est, cum sex testibus, et si parva cum tribus, quodsi magna, cum duodecim ad locum traditionis cum totidem numero pueris accedat, et sic eis praesentibus pretium tradat et possessionem accipiat, et unicuique de parvulis alapas donet, et torqueat auriculas, ut in postmodum testimonium praebeant.

Die Stellen laſſen auch noch bei näherer Betrachtung verſchiedene Deutung zu. Dennoch iſt, wie wir glauben, eben noch hinreichender Anhalt für eine entſchiedene Interpretation vorhanden. Wir nehmen, um ſie zu liefern, noch eine dritte Stelle zu Hülfe, welche von der Affatomie der Ripuarier handelt.

tit. 48. De homine, qui sine heredibus (filiis) moritur.

Si quis procreationem filiorum vel filiarum non habuerit, omnem facultatem suam in praesentia regis, sive vir mulieri vel mulier viro seu cuicunquelibet de proximis vel extraneis adoptare in

hereditatem vel adfatimi per scripturarum seriem seu per traditionem et testibus adhibitis secundum legem ripuariam licentiam habeat.

Die Bestimmung des Tit. 60 („Si testamentum accipere non potuerit — ad locum traditionis accedat etc.") wird von Stein (a. a. O. S. 37) auf eine Reproduction der gerichtlichen Auflassung bezogen. Wenn bei der geschehenen Auflassung eine charta nicht erlangt werden konnte, so sollte — nach seiner Auslegung — der Act unter Zuziehung einer Anzahl Knaben wiederholt werden. Wir unserseits würden, auch wenn wir mit der Tendenz, die Nothwendigkeit der Auflassung zu erhärten, an die Interpretation der Stelle gingen, Bedenken tragen, dieser Annahme beizutreten.

Zunächst ist zu fragen, was diese Reproduction bedeuten sollte. Wenn keine charta zu erlangen war, d. h. wenn es an einem Notar fehlte, so brauchte man doch, um dieß zu wissen, und die für diesen Fall erforderlichen Vorkehrungen zu treffen, nicht erst die ganze Auflassungsscene aufzuführen. Eine doppelte Vornahme des Acts wäre ganz zwecklos. Dann aber scheint es uns unabweislich, „traditio" hier in dem Sinn des römischen Rechts, für die Einräumung des Besitzes zu nehmen, und es gründet sich diese Ansicht auf eine Vergleichung der zuletzt angeführten Stelle über die Affatomie. Wenn es darin heißt: „in praesentia — regis per scripturarum seriem, seu per traditionem et testibus adhibitis," so ist doch „traditio" nicht schlechtweg für den Act gebraucht, der in Gegenwart des Königs vorgenommen werden soll, sondern hat einen specifischen Sinn. In einem solchen könnte es für die Uebergabe der Symbole genommen werden. Dann würde entweder die Uebergabe der Symbole, und die Aushändigung einer charta einander entgegengesetzt sein, oder „seu" müßte hier so viel bedeuten wie „et". Ersteres wird niemand behaupten wollen, und es wird auch noch widerlegt durch den angeführten Tit. 59. Denn wenn darin gesagt wird „pretium tradat, et rem accipiat (sc. in mallo)", so müssen die letztern Worte wohl auf die Entgegennahme der Symbole, welche das Grundstück repräsentirten, bezogen werden. Was aber die zweite Annahme betrifft, so wird „seu" allerdings in dem ganz corrupten Latein der Formeln conjunctiv gebraucht, aber meines Wissens nicht in den Volksrechten. Und noch vielmehr ist die Wahrnehmung entscheidend, daß die Worte „per scripturarum seriem, seu per traditionem et testibus

adhibitis“ genau den hinsichtlich der charta einander entgegenstehenden Dispositionen der Titel 59 u. 60 entsprechen, von denen der erstere eben von der vor Gericht zu erlangenden Urkunde handelt, der letztere aber überschrieben ist: „De traditionibus et testibus adhibendis.“ Es bleibt somit für „traditio“, da es einen specifischen Sinn haben muß, nur die Bedeutung „Besitzeseinräumung“ übrig, und die beiden Stellen — Tit. 48 u. 60 — tragen wechselseitig zum Erweis dieser Bedeutung bei. Daß „traditio“ diesen Sinn haben müsse, liegt übrigens, wenn man davon ausgeht, daß die Annahme einer Reproduction der Auflassung an und für sich ganz unhaltbar ist, schon in den Worten des Tit. 60 „ad locum traditionis accedere.“ Denn daß der Gesetzgeber unter dem locus traditionis etwas Anderes, als den Ort, wo das Besitzthum gelegen ist, daß er insbesondere die Gerichtsstätte darunter verstanden haben wollte, und dafür nicht einfacher und deutlicher sagte „in mallum,“ würde nur dann erklärlich sein, wenn er an eine schon vorausgegangene Tradition dächte, die zu wiederholen sei.

Um an der Nothwendigkeit gerichtlicher Auflassung fest zu halten, müßte man den Titel 60 jedenfalls dahin verstehen, daß, wenn eine charta nicht erlangt werden konnte, zu der gerichtlichen Auflassung noch eine Besitzeseinräumung vor Zeugen hinzutreten mußte. Allein wir müssen auch diese Ansicht zurückweisen, und behaupten, daß der in Tit. 60 vorgeschriebene Act eine Uebertragung vor Gericht ersetzte.

Stein, indem er an eine vorausgegangene Auflassung denkt, scheint großes Gewicht auf "potuerit" zu legen („ideoque agitur de traditione jam antea perfecta“), während doch ein flüchtiger Blick in die Volksrechte davon überzeugen kann, daß das futurum exactum darin schlechtweg für das praesens gebraucht wird. Wenn dieses Wort gar nichts beweist, so ist dagegen wohl zu beachten, daß in Tit. 59 die Nothwendigkeit eines gerichtlichen Acts durchaus in der Weise ausgesprochen wird, daß sie im Gefolge der charta auftritt. Dieß liegt einmal in den unmittelbar hierher gehörenden Worten: „Si emtor testamentum accipere voluerit, in mallo hoc facere debet,“ denen der Satz des Tit. 60: „Si quis — testamentum accipere non potuerit, ad locum traditionis accedat,“ genau correspondirt. Es geht aber auch hervor aus dem Gesammtinhalt des Tit. 59. Derselbe enthält außer den angeführten Worten noch eine Reihe von Absätzen, die von der charta, ihrer Zerstörung, Fälschung u. s. w. handeln. Darin daß der

Gebrauch der charta regulirt werden soll, besteht offenbar die eigentliche Tendenz des Titels, welcher die angeführte Disposition über die Art ihrer Errichtung neben andern Bestimmungen sich unterordnet, und ich zweifele nicht im Geringsten, daß dem in Titel 60 angeordneten Act mit der charta zugleich auch die Mitwirkung des Gerichts entgegengesetzt ist. Es bleibt somit nur die Frage übrig, ob die in Tit. 60 vorgeschriebene Besitzeseinräumung unter Zuziehung von Zeugen nur ausnahmsweise — für den Nothfall — das dingliche Recht übertragen sollte, oder, soweit es sich nur um diese Wirkung handelte, mit der gerichtlichen Auflassung concurrirte. Eine unbefangene Betrachtung unserer Stelle muß ergeben, daß der Gesetzgeber allerdings von der Voraussetzung ausgeht, die Errichtung einer Urkunde werde die regelmäßige Form der Veräußerung sein, und er durfte dieß insofern, als an diese Form gewisse Vortheile geknüpft werden.

tit. 59, 8. **Si quis interpellatus chartam prae manibus habuerit, nulla ei malo ordine invasio requiratur, quia dum interpellatur, respondeat ad interrogationem et sine tangano loquatur et dicat: Non malo ordine, sed per testamentum hoc teneo.**

Schwerlich aber darf man annehmen, daß es für die dingliche Berechtigung auf den Nachweis ankommen sollte, daß zur Zeit der traditio eine Urkunde nicht erlangt werden konnte. Daß die Worte: „**Si testamentum accipere non potuerit**“ zu dieser Annahme nicht nöthigen, ergiebt sich schon aus dem entsprechenden Satz des Tit. 59: „**Si testamentum accipere voluerit.**“

Die angeführte Stelle über die Affatomie, über die noch einige Worte hinzuzufügen sind, weist zurück auf den altgermanischen Grundsatz der Unveräußerlichkeit des Erbgutes. In den Volksrechten finden wir diesen Grundsatz schon durchbrochen, einerseits zu Gunsten der Kirche und des Königs [49]), anderseits, insofern wenigstens, im Fall der Kinderlosigkeit, die entfernteren Verwandten vermöge einer **adoptio in hereditatem** zurückgesetzt werden konnten. Diese Abweichung von dem ältern Recht, von der unsere Stelle handelt, erschien indeß noch als etwas so Wichtiges, daß die Tradition in Gegenwart des

49) Die betreffenden Stellen aus der **L. Alem.** und **L. Bajuwar.** sind schon angeführt worden. Es ist diesen aus der **Lex Saxonum** Tit. XV, 2, hinzuzufügen: „**Nulli liceat traditionem haereditatis suae facere praeter ad Ecclesiam, vel Regi (ut haeredem suum exhaeredem faciat).**“

Königs vorgenommen werden mußte. Abgesehen von dieser Bestimmung entspricht der Tit. 48 durchaus den schon erörterten Stellen, indem entweder eine charta ausgefertigt werden, oder der König der Besitzesübergabe beiwohnen muß. Sofern die Gegenwart des Königs das Gericht ersetzte, beweist die Stelle freilich nicht für uns; da aber seine Gegenwart hier ihren besonderen Grund hat, der jedenfalls über den bloßen Ersatz eines gerichtlichen Actes hinausreicht, spricht sie selbstverständlich auch nicht gegen uns [50]).

Was das salfränkische Recht anbelangt, so ist zunächst in der bekannten Stelle über die Affatomie die gerichtliche Tradition vorgeschrieben. Anders dagegen lauten die Capitularien.

Cap. II. a. 803, ad l. Sal. Qui res suas pro animo suo ad casam Dei tradere voluerit, domi traditionem faciat coram testibus legitimis. Et quae hactenus in hoste factae sunt traditiones, stabiles permaneant.

Cap. I. a. 809, c. 26. De traditionibus ut in abscondito non fiant propter contentiones diversas.

Mit dem Ausdruck „coram testibus legitimis“ konnte der Gesetzgeber allenfalls einen Act vor Gericht und einen außergerichtlichen Act vor Zeugen zusammenfassen; aber er würde sich keinenfalls so ausgedrückt haben, wenn er ausschließlich einen Act an der Gerichtsstätte im Sinne gehabt hätte. Ebensowenig bildet die in mallo vorzunehmende Tradition den ausschließlichen Gegensatz der in abscondito vor sich gehenden Veräußerungen [51]).

---

50) Mehr läßt sich deshalb nicht sagen, weil es keineswegs schon hinreichend festgestellt ist, wie beschränkt oder unbeschränkt die Jurisdiction des Königs war, und wie weit sie in eine richterliche Gewalt überging. —

In einem besondern Licht erscheint die fragliche Bestimmung, wenn man sie nicht allgemein damit erklärt, daß die Affatomie als ein außergewöhnlich wichtiges Geschäft auf die Autorität des Königs gestützt werden mußte, sondern daran anknüpft, daß der Grundsatz der Unveräußerlichkeit des Erbgutes auch zu Gunsten des Königs durch singuläres Recht beschränkt war. Sofern diese Ausnahme früher bestand, könnte sie benutzt worden sein, um eine weitere Ausnahme einzuführen, so daß der König bei jenem Act — wenigstens anfänglich — als Mittelsmann dagestanden hätte. Die angeführte Stelle der Lex Saxonum weist hierauf hin.

51) Vgl. L. Roth. l. c.: „Si quis res suas alii thingere voluerit, non absconse, sed ante liberos homines garathinx faciat.“

Das bekannte Capitulare Ludwig des Frommen v. J. 819, und eine Reihe von Formeln können wir zu dem Zweck, der uns jetzt beschäftigt, nur benutzen, wenn wir einer Frage vorgreifen, die erst nachher eingehender erörtert werden soll — welche Bedeutung die Besitzesübergabe hatte. Es wird sich nämlich herausstellen, daß in diesen Quellenstücken die Besitzeseinräumung als ein für den Uebergang des dinglichen Rechts wesentlicher Act behandelt wird — ein Umstand, der für sich allein nichts für die gegenwärtige Frage beweist, aber dann entscheidend sein müßte, wenn wir anderseits annehmen dürften, daß bei einer gerichtlichen Veräußerung die Besitzesübergabe überflüßig war. Unter Voraussetzung dieses Satzes, der erst nachher erwiesen, oder doch wahrscheinlich gemacht werden soll, wird in den jetzt anzuführenden Stellen ein Beweis für die Umgänglichkeit eines gerichtlichen Acts zu finden sein.

Cap. I. Lud. Pii a. 819. Si quis res suas pro salute animae suae vel ad aliquem venerabilem locum, vel propinquo suo, vel cuilibet alteri tradere voluerit et eo tempore intra ipsum comitatum fuerit, in quo res illae positae sunt, legitimam traditionem facere studeat.

Quodsi eodem tempore, quo illas res tradere vult, extra eundem comitatum fuerit, id est sive in exercitu, sive in palatio, sive in alio quolibet loco, adhibeat sibi vel de suis pagensibus vel de aliis, qui eadem lege vivunt, qua ipse vivit, testes idoneos vel si illos habere non potuerit, tunc de aliis, quales ibi meliores inveniri possint, et coram eis rerum suarum traditionem faciat, et fidejussores vestiturae donet ei, qui illam traditionem accipit, ut vestituram faciat. Et postquam haec traditio ita facta fuerit, heres illius nullam de praedictis rebus valeat facere repetitionem. Insuper et ipse per se fidejussionem faciat ejusdem vestiturae, ne heredi ulla occasio remaneat, hanc traditionem immutandi, sed potius necessitas incumbat, illam perficiendi.

Beseler, der, wie wir, die Nothwendigkeit der gerichtlichen Auflassung leugnet, geht, indem er sich auf dieses Capitulare beruft, von der Ansicht aus, daß unmittelbar durch den im Auslande bloß vor Zeugen vorgenommenen Act, welchen das Gesetz regulirt, das dingliche Recht übergehe. Gegen eine derartige Benutzung der Stelle wird mit Recht eingewendet, daß die in Betreff dieses Acts getroffene Bestimmung

eine Ausnahme enthalte, und somit durch sie nur die entgegensetzte Regel bestätigt werde. Indeß muß auch diese Annahme Beselers zurückgewiesen werden, und man wird sich, um das Gesetz zu erklären, mehr an seinen Wortlaut zu halten haben.

Das Gesetz schließt an das schon angeführte Capitulare Karls des Großen an, welches insbesondere durch die im Feldbienst — also ohne Besitzesübergabe — geschehenen Veräußerungen veranlaßt ist. Dieses Capitulare schärft das geltende Recht ein, d. h. es macht darauf aufmerksam, daß durch solche Geschäfte das dingliche Recht noch nicht erworben werde, und läßt nur zu Gunsten der bis dahin schon geschehenen und nicht streitig gemachten Traditionen dieser Art eine Ausnahme zu.

Auch das Capitulare Ludwig des Frommen hält, was den Uebergang des dinglichen Rechts anbelangt, an dem geltenden Recht fest; die darin getroffene neue Bestimmung richtet sich nur gegen das Widerspruchsrecht des Erben. — Der Grundsatz der Unveräußerlichkeit des Erbgutes war, wie schon bemerkt worden, zur Zeit der Volksrechte schon für gewisse Fälle durchbrochen; allein schlechtweg so, daß das Revocationsrecht des Erben zugleich mit dem Act erlosch, welcher bestimmt war, das dingliche Recht zu übertragen. In diesem Sinn behandelt die Sache auch das Capitulare Karls des Großen, indem es bei Ertheilung der erwähnten Vergünstigung schlechthin bestimmt, daß die bis dahin im Auslande geschehenen Traditionen stabiles bleiben sollen, obwohl ohne Zweifel das Widerspruchsrecht der Erben der Punkt war, auf den es hauptsächlich ankam.

Das Capitulare Ludwig des Frommen, das aber auch keine bloße Vergünstigung ohne Consequenz, sondern einen neuen Rechtssatz enthält, unterscheidet schärfer. Ohne die Grundsätze, welche für die Uebertragung des dinglichen Rechts bestanden, zu alteriren, wendet es sich gegen das Widerspruchsrecht der Erben, durch eine Bestimmung, die somit nur in das obligatorische Verhältniß hineinreicht. Ist eine Veräußerung im Ausland in der durch das Capitulare vorgeschriebenen Form vorgenommen worden, so soll auch der Erbe durch den Vertrag gebunden sein, und überdieß Bürgschaft für seine Erfüllung stellen.

Daß das dingliche Recht nicht unmittelbar durch den im Auslande erfolgten Act übergehen soll, ist, wie uns scheint, klar genug. Denn es ist gar nicht abzusehen, weshalb sich andernfalls der Gesetzgeber um die noch vorzunehmende vestitura kümmerte, und was dem Erwerber

die Bürgschaft nützen sollte, wenn er durch jenen Act eine dingliche Klage erlangte.

Auf der andern Seite wird man bei einer unbefangenen Beleuchtung der Stelle zugeben, daß das Neue und Besondere des Gesetzes nicht auch in der Einführung der Bestitur als eines Requisites für den Uebergang des dinglichen Rechts besteht. Nach der Fassung der hierher gehörenden Worte wird sie als eine der Uebertragung des dinglichen Rechts dienliche Form *vorausgesetzt*, und eine Neuerung in dieser Hinsicht erscheint durch die Tendenz des Gesetzes — die außer der Heimath gemachten Schenkungen zu sichern — nicht motivirt. Denn so gut wie die Besitzesübergabe, konnte auch ein gerichtlicher Act nachgeholt werden. Eher, als daß die *Investitur* ausnahmsweise an die Stelle der gerichtlichen Auflassung gesetzt sei, könnte man — die Stelle für sich allein betrachtet — annehmen, daß die gerichtliche Auflassung durch jenen im Auslande vorzunehmenden Act ersetzt werden sollte, also bisher und in andern Fällen doch *in Verbindung mit der Besitzesübergabe* nothwendig gewesen sei. Gegen diese Annahme müssen wir nun an die vorhin aufgestellte — allerdings noch unerwiesene — Behauptung erinnern, daß zu der gerichtlichen Auflassung eine Besitzesübergabe nicht hinzuzutreten brauchte. Darnach dürfte man bei der Interpretation unserer Stelle nur dann davon ausgehen, daß die gerichtliche Auflassung der Regel nach unumgänglich gewesen sei, wenn dieselbe zugleich als eine für sich allein genügende Form festgehalten werden könnte, und da dieß nach dem vorher Gesagten nicht wohl angeht, so liegt in dem Gesetz ein Beweis, daß ein außergerichtlicher Act nicht bloß eine zulässige, sondern sogar die gebräuchlichere Form der Uebertragung war.

In einer Reihe von Formeln der Appendix und der Lindenbrogischen Sammlung ist lediglich davon die Rede, daß die Uebertragung vor Zeugen, vor unbescholtenen Männern (ante bonos homines) geschehen sei. Indeß ist es gar nicht nöthig, hierauf Gewicht zu legen, weil der bezügliche Act eine Besitzesübergabe ist, und schon deswegen nicht an der Gerichtsstätte vorgenommen sein kann; und umgekehrt werden die Stellen aus diesem Grund nur unter dem oben angegebenen Gesichtspunkt für unsere Ansicht beweisen können.

Daß der fragliche Act eine Besitzesübergabe ist, geht, abgesehn von dem Ausdruck vestire (häufiger, als vestire, wird tradere gebraucht), daraus hervor, daß dabei ein Ergreifen der Hausthüre, oder Betreten

der Schwelle vorkommt. Ebenſo unbeſtreitbar aber ſcheint uns, daß dieſe Beſitzesübergabe als ein weſentliches Erforderniß für den Uebergang des dinglichen Rechts behandelt wird. Wenn man auch außer Anſatz laſſen will, daß ſie mit einer Feierlichkeit, mit der Uebergabe von Symbolen verbunden iſt, ſo liegt doch darin ein nicht zu beſeitigendes Argument, daß wir ſie als den eigentlichen Gegenſtand der Beurkundung und des Zeugniſſes hingeſtellt ſehen; und unter der ſchon beſprochenen Vorausſetzung, daß die Beſitzesübergabe als weſentliches Erforderniß und die gerichtliche Auflaſſung Gegenſätze bilden, iſt damit durch dieſe Urkunden ein Beweis geliefert, daß die Veräußerung einer Mitwirkung des Gerichts nicht bedurfte.

App. ad form. Marc. XX. Notitia, qualiter et quibus praesentibus veniens homo aliquis — ad illo manso, vell illa terra, quam ante hos dies — (vendidit), per illud ostium vel anaticula de ipsa casa, per herba vel terra de ipso manso — visus fuit tradidisse vel consignasse. Id sunt, quibus praesentibus.

Ibid. XLIII. Notitia, qualiter et quibus praesentibus veniens — ad res illas, quas ante hos dies femina aliqua per suo instrumento ad ipso Monasterio visa fuit delegasse, — a die praesente Missus ipsius feminae — Misso Monasterii — per ipso ostio de ipsa casa — visus fuit tradidisse.

Ibid. XIX, LVII.

Form. Lindenbrog. 155. Notitia, qualiter et quibus praesentibus veniens homo aliquis — ad villas illas, quas ante hos dies per suam epistolam donationis ad Monasterium illud — concessit, per portas et per ostia — consignavit, tradidit, et vestivit. — His praesentibus.

Ibid. 156.

Mit dieſen Urkunden, und den vorher angeführten Capitularien könnte nun die zuerſt erwähnte Stelle der Lex Salica in der Art vereinigt werden, daß man die außergerichtliche, bloß vor Zeugen ſtatt findende Uebertragung für die ſpäter aufgekommene Form erklärte — entgegen dem, was wir bei den andern Stämmen wahrnehmen, indem hier gerade die gerichtliche Auflaſſung als die neuere Form erſcheint. Man kann aber auch Gewicht darauf legen, daß jene Stelle keineswegs von Veräußerungen ſchlechthin, ſondern nur von der Affatomie, der adoptio in hereditatem handelt, und der Verſuch, die Stellen auf

dieſe Weiſe zu vereinigen, wird entſchieden unterſtützt durch die Analogie des ripuariſchen Rechts. Nach dieſem gilt, während für Veräußerungen im Allgemeinen neben der Mitwirkung des Gerichts die Zuziehung von Zeugen zugelaſſen iſt, für die Affatomie etwas Beſonderes; übrigens eine noch ſolennere Form, als die bloße Auflaſſung vor Gericht, die erſt durch Karl d. Gr. für dieſen Fall eingeführt, oder doch beſtätigt wurde [53]).

Es liegt ohne Zweifel ſehr nahe, auch in der Beſtimmung des ſalfränkiſchen Rechts, welche die Mitwirkung des Gerichts als eine ſchlechtweg nothwendige Form hinſtellt, eine für die Affatomie — als ein beſonders wichtiges Geſchäft — geltende Singularität zu erblicken.

Das Reſultat unſerer Unterſuchungen iſt ſomit, daß zur Zeit der Volksrechte und Capitularien die gerichtliche Auflaſſung allerdings als eine in beſonderen Fällen nothwendige Form der Uebertragung eingeführt war, und auch wohl in andern Fällen ſchon mit einem außergerichtlichen Act vor Solennitätszeugen concurrirte, ähnlich wie im älteren römiſchen Recht — für gewiſſe Sachen — die in jure cessio mit der mancipatio; daß aber jener außergerichtliche Act jedenfalls die bis zu Ende der Periode bei Weitem vorherrſchende Form war.

III. Wir bringen nunmehr die zweite von den oben aufgeworfenen Fragen, der wir im Vorhergehenden allerdings ſchon vorgreifen mußten, zur Erörterung, ob eine Beſitzesübergabe zu einem der beiden Uebertragungsacte hinzutreten mußte. Sie iſt von den Germaniſten ſchon mehrfach erörtert, und von den Einen [54]) ſchlechthin verneint, von Andern ohne eine Unterſcheidung zwiſchen der gerichtlichen und außergerichtlichen Veräußerung für die ältere Zeit bejaht worden. Ich glaube, wie ſchon ausgeſprochen wurde, daß ſie für die beiden Fälle verſchieden zu beantworten iſt.

Am Deutlichſten ſtellt ſich dieß heraus in den ſchon angeführten Stellen der Lex Ripuariorum. Iſt unſere Erklärung derſelben richtig, ſo ging das dingliche Recht einerſeits ſofort mit der vor Gericht erlangten charta über; für den Fall dagegen, daß man eine Urkunde

53) Capit. a. 803 ad l. Ripuar., c. 7: Qui filios non habuerit, et alium quemlibet heredem sibi facere voluerit, coram rege vel comite et scabinis vel missis dominicis, qui tunc ad justitias faciendas in provincia fuerint ordinati, traditionem faciat.

54) Namentlich von Beſeler (a. a. O. S. 25).

nicht haben, alſo das Gericht nicht in Anſpruch nehmen wollte, iſt beſtimmt, daß man ſich mit Zeugen an den locus traditionis begeben, d. h. vor ihren Augen in den Beſitz eingewieſen werden ſoll. So kärglich die Anhaltspunkte für die Interpretation jener Stellen ſind, ſo glaube ich doch, daß eine andere Erklärung nicht zuläſſig iſt.

Das gleiche Ergebniß liefert aber, wie mir ſcheint, auch eine Betrachtung des Rechts der andern Stämme, ſoweit die dürftigen Zeugniſſe der Quellen überhaupt ein Urtheil in dieſer Frage zulaſſen.

Für das ſalfränkiſche Recht kommt hier vornehmlich die ſchon erwähnte Stelle in Betracht, welche von der Affatomie handelt [55]). Dieſe beſtand darnach aus zwei Geſchäften, der Vergabung an einen

55) Ich kann nicht umhin die Stelle auszuſchreiben.

L. Sal. 49. De adfathamire hoc convenit observare, ut tunginus aut centenarius mallum indicent et scutum in ipso mallo habeant et tres homines tres causas demandare debent; et postea requiratur homo, qui ei non pertinet, et sic festucam in laisum jactet, et ipsi, in cujus laisum festucam jactaverit, dicat verbum de fortuna sua, quantum ei dare voluerit. Postea ipse, in cujus laisum festucam jactaverit, in casa ipsius manere et hospites tres suscipere debet, et de facultate sua quantum ei datur, in potestate sua habere debet, et postea ipse cui creditum est, ista omnia cum testibus collectis agere debet. Postea aut ante regem aut in mallo illi, cui fortunam suam deputavit, reddere debet, et accipiat postea festucam in mallo ipso ante XII menses, ipse, quem heredem deputavit, in laisum suum jactet, et nec minus nec majus nisi quantum ei creditum est. Et si contra hoc aliquis aliquid dicere voluerit, debent tres testes jurati dicere quod ipsi fuissent in mallo, ubi tunginus vel centenarius indixerunt, et quod vidissent hominem illum, qui fortunam suam dedit, in laisum illius, quem elegerat, festucam jactare, et nominare illum debent, qui fortunam suam in laisum electi jactavit; nec non et illum, in cujus laisum festucam jactavit, et heredem appellavit, similiter nominent. Et alteri tres testes jurati debent dicere, quod in casa illius hominis, qui fortunam suam donavit, ille, in cujus laisum festucam jactavit, ibidem mansisset, et hospites tres vel amplius collegisset, et pavisset, et ei ibidem gratias egissent, et in beudo suo pultes manducassent, et testes collegissent.

Ista omnia alii tres testes jurati dicere debent, quoniam in mallo legitimo vel ante regem ille qui accepit in laisum suum fortunam in mallo publico, hoc est ante theoda vel tunginum fortunam illam, quem heredem appellavit, publice coram omnibus festucam in laisum ipsius iactasset. Et haec omnia novem testes debent adfirmare. —

Mittelsmann, und der Vergabung von Seiten des Mittelsmannes an die bedachte Person. Zu dem ersteren gehörte eine Besitzergreifung, die in der Stelle nach den dabei zu beobachtenden Formalitäten genau beschrieben wird. In Betracht des zweiten Geschäfts dagegen ist von einer Besitzesübergabe mit keinem Wort die Rede; und daß diese nicht bloß übergangen wird, sondern in der That unwesentlich war, geht deutlich daraus hervor, daß nach der Beschreibung des Geschäftes die nothwendigen Acte noch einmal — als Gegenstand des Zeugnisses — aufgeführt werden, und dabei wohl der Besitzergreifung des Mittelsmannes, nicht aber der Besitzesübergabe an den Adoptirten gedacht wird, während doch die Worte: „Et haec omnia novem testes debent adfirmare," auf eine vollständige Aufzählung schließen lassen. Darauf ist nun um so mehr Gewicht zu legen, als, wie uns scheint, gerade das zweite Geschäft es ist, aus welchem Folgerungen für die Veräußerung im Allgemeinen gezogen werden dürfen. — Das erste Geschäft hat seine singuläre Bedeutung; es fragt sich, welchem Zweck jene Einschiebung eines Dritten diente. Die Zuziehung von Mittelsmännern, die unter dem Namen Salmannen und andern Bezeichnungen vorkommen, erscheint freilich in der deutschen Rechtsgeschichte als eine keineswegs ungebräuchliche Weise der Uebertragung. Ein Hauptzweck derselben bei Veräußerungen überhaupt bestand darin, den Erwerber in Betreff der Eviction sicher zu stellen, sei es so, daß man angesehene und vermögende Männer zu Mittelspersonen wählte, sei es insofern, als die Salmannen, nicht erst für einen bestimmten Fall, sondern in eventum gewählt, einen ähnlichen Dienst versahen, wie unsere Grundbücher [56]). Allein sie kommen in dieser Bedeutung erst viel später vor [57]), und in unserm Fall ist hieran nicht zu denken. Auch die Bedeutung, mit der solche Personen späterhin bei letztwilligen Dispositionen auftreten — indem sie dazu dienen, die Unstatthaftigkeit einer Disposition auf dem Siechbett zu umgehen, oder die Form eines Testaments zu ersparen — berührt den Fall der L. Sal. nur ganz entfernt.

Man muß hier davon ausgehen, daß nach der Lex Salica, wie überhaupt nach dem ältesten Recht, eine eigentliche Vergabung auf den

56) Vgl. Albrecht, S. 250.

57) S. die Urkunden bei Beseler, I, S. 279 ff.

Todesfall unzulässig war, der Vergaber vielmehr sich sofort alles Rechts entäußern mußte. Wenn es hiernach nur als ein factisches Verhältniß statthaben konnte, daß der Vergaber das vergebene Gut bis an seinen Tod benutzte, so erklärt sich die Zuziehung von Treuhändern im Allgemeinen einfach daraus, daß jener lieber von einer dritten Person, zu der er besonderes Vertrauen hegte, als von dem Donatar abhängen wollte [58]). Was unsere Stelle anbelangt, so bleibt freilich das Bedenken, daß der Act damit wohl als ein im Leben übliches Auskunftsmittel, aber nicht als ein gesetzliches Erforderniß erklärt ist. Inzwischen darf auch vielleicht angenommen werden, daß das Gesetz zwar, sofern einmal die Zuziehung von Treuhändern gebräuchlicher war, als die unmittelbare Uebertragung der Sache an den Donatar, die Art und Weise der Zuziehung festsetzen, nicht aber sie selbst gebieten will. In mehreren fränkischen Urkunden wenigstens, die sich auf die Affatomie beziehen [59]), wird von der Einschiebung eines Mittelsmannes ganz abgesehen.

In der Vorschrift einer von dem Mittelsmann vorzunehmenden Besitzergreifung ist nun, wie mir scheint, nicht mehr zu sehen, als das Bestreben, an dem alten für die Vergabung geltenden Princip, wonach der Vergaber sich sofort alles Rechts entäußern mußte, möglichst festzuhalten. Durch das Recht, welches man dem Mittelsmann bestellte, wurde dieser Grundsatz formell allerdings aufrecht erhalten; allein insofern dabei als gewiß vorausgesetzt wurde, daß er es nicht ausüben würde, diente es gerade dazu, ihn zu umgehen; und es liegt eine Art Einspruch gegen diese Umgehung darin, wenn wenigstens ein gewisses Maß von Ausübung verlangt wird, indem der Mittelsmann von dem vergebenen Haus Besitz ergreifen, und Gäste darin bewirthen soll. Mit einer Abneigung, die bloße Auflassung als genügende Veräußerungsform gelten zu lassen, fällt diese Tendenz noch keineswegs zusammen, und wir erinnern, um unsere Meinung deutlicher zu machen, an die Emancipation des alten römischen Rechts durch dreimaligen Verkauf. Lange, nachdem man diesen Verkauf schon zu dem Zweck, die väterliche Gewalt aufzuheben, vornahm, war es noch üblich, daß der mancipirte

58) Nach dieser Erklärung denken wir also bei dem Satz: „**Postea aut ante regem aut in mallo — reddere debet**“ an die Zeit nach dem Tode des Vergabers.

59) **Marc. form. II, 13; Lindenbr. 58.**

filius familias auch wirklich der Gewalt des Mittelsmannes unterworfen wurde; nicht weil die Mancipation ohne Besitzesübergabe nicht wirkte, sondern weil jener Verkauf noch nicht zu einem völlig imaginären zusammengeschrumpft war.

Jedenfalls ist sicher, daß für die Uebertragung an die bedachte Person selbst eine Einräumung des Besitzes nicht gefordert wird, und dieser zweite Theil des Geschäfts ist ohne Zweifel viel geeigneter, ein allgemeines Urtheil über die Veräußerungsform zu begründen, als der erste.

Weitere Belege für unsere Ansicht, daß eine Erklärung vor Gericht die Besitzesübergabe ersparte, können wir — was das salfränkische Recht anbelangt — nicht beibringen. Zwar ist eine Anzahl von Urkunden vorhanden [60]), welche einerseits auf eine Erklärung vor Gericht theils bezogen werden müssen, theils wenigstens bezogen werden können, und anderseits das dingliche Recht „a die praesente" übergehen lassen. Inzwischen würde man gewiß zu viel in diesen Worten suchen, wenn man sie auf die unmittelbare Wirksamkeit der gebrauchten Form bezöge. Gewiß zeigen sie nur an, daß die Absicht des Schenkers überhaupt auf sofortige Veräußerung [61]) gerichtet ist; und sie würden, wenn man sie im Gegensatz zu einem durch die gesetzliche Form verursachten Aufschub denken wollte, in eine über den speciellen Fall aufgenommene Urkunde nicht einmal passen.

Außer der Lex Salica und der L. Ripuar. bietet nur noch das longobardische Recht Anhaltspunkte zur Beantwortung der gegenwärtigen Frage dar.

Wie wir sahen, war durch ein Gesetz Lothars vorgeschrieben worden, daß die charta vor Gericht ausgefertigt werden sollte. Wenn wir nun auch davon absehen, daß in den Formeln zu den spätern Gesetzen da, wo der Erwerb des dinglichen Rechts behauptet wird, immer nur eine Berufung auf die charta statt findet („Ipsa terra mihi propria est. Quid tibi pertinet?" „„Ecce charta, quam mihi fecit M.""),

60) Z. B. App. form. Marc. XIV; form. Lindenbr. XVII.

61) Als Gegensatz dieser sofortigen Veräußerung ist für die Zeit, in welcher das dingliche Recht als ein eventuelles noch nicht bestellt werden konnte, freilich nur das bloße Schenkungsversprechen denkbar; späterhin — und soweit der Einfluß des römischen Rechts das alte Princip verdrängte, auch schon in der ältern Zeit — konnte die Uebertragung „a die praesente" der Reservation eines ususfructus entgegengesetzt werden. Vgl. Lindenbrog. XXIII.

ſo liefert doch ein anderes Geſetz desſelben Lothar's, und die hierzu gehörige Formel einen nicht leicht umzuſtoßenden Beweis, daß das dingliche Recht unmittelbar an die Aushändigung der charta geknüpft war.

Lg. Long. Loth. I, XXX. De his, qui proprietates suas habent, et spontanea voluntate alicui delegaverint, et postea fraudulenter ab aliquo alio ignorante pretium de iisdem rebus venumdatis accipiunt; et cui ipsae res prius traditae fuerint, cognito negotio anno integro silens non contradixerit, sed propter illusionem tacens fuerit, ut emtorem illudere possit: si intra patriam per anni spatium, ut dictum est, tacens fuerit, prior traditio nil ei valeat!

Das Geſetz handelt von dem doppelten Verkauf derſelben Sache, und wird noch näher in §. 11, bei Gelegenheit der rechten Gewere, betrachtet werden. Was uns hier intereſſirt, iſt, daß ein dingliches Recht des erſten Käufers vorausgeſetzt wird, welches er eben zufolge der darin gegebenen Beſtimmung, wenn er ein Jahr hindurch dem zweiten Käufer gegenüber ſchweigt, verlieren ſoll. Trotz jener Vorausſetzung iſt nun offenbar der zweite Käufer im Beſitz der Sache, und wenn man nicht ein constitutum possessorium, an welches in jener Zeit ſchwerlich ſchon gedacht würde, oder Umſtände ganz beſonderer Art vorausſetzen will, ſo hat eine Beſitzesübergabe an den erſten Käufer gar nicht ſtatt gefunden.

Jedenfalls darf man erwarten, daß die Formel zu dieſem Geſetz, da es hier gerade auf den Uebergang des dinglichen Rechts im Gegenſatz zu der bloßen Forderung ankommt, auch der Beſitzesübergabe und nicht bloß der charta gedenken werde, wenn dieſe, resp. der gerichtliche Act, den ſie vorausſetzte, nichts Anderes war, als die ſolenniſirte causa der Uebertragung. Sie lautet jedoch folgendermaßen: „Petre te appellat Martinus, quod tu tenes sibi malo ordine terram in tali loco.“ „„Ipsa terra mea propria est. Et quid tibi pertinet?““ „Per chartam quam mihi fecit Marquardus.“ „„Contra legem est; quia postquam fecit unam traditionem, non potuit tibi facere aliam.““

Damit ſtimmen denn auch longobardiſche Urkunden überein, welche offenbar die Formel für die gerichtliche Auflaſſung enthalten, und in denen die Aushändigung der Urkunde deutlich als der Moment erſcheint, in welchem der Wechſel der dinglichen Berechtigung eintritt.

Form. Longob. IX. Martine trade per hanc pergamenam cartam, — ad Joannem, quod dehinc in antea a presente die pro-

prietario nomine faciat ipse aut sui heredes quidquid voluerunt. — — Dicis ita? Dico. Sic trado ei ad proprium et huic notario ad scribendum [62]).

Wenn wir somit annehmen, daß die gerichtliche Auflassung das dingliche Recht unmittelbar übertrug, so halten wir es dagegen für unzweifelhaft, daß bei einer außergerichtlichen Veräußerung die Besitzesübergabe wesentlich war.

Die Belege dieser Ansicht, welche das fränkische Recht darbietet, sind schon besprochen worden: Tit. 48 und 60 der lex Ripuar., eine Reihe von Formeln, und das Cap. l. a. 819. Auch das Capitulare Karls des Großen vom Jahr 803 liefert schon einen Beweis; wenn man anders zugibt, daß unter der traditio coram legitimis testibus, von der es redet, nicht, oder doch jedenfalls nicht ausschließlich, eine Uebertragung vor Gericht zu verstehen sei. Denn es geht davon aus, daß eine wirksame Uebertragung nur in der Heimath geschehen könne, und der Grund hiervon muß unter jener Voraussetzung darin gesucht werden, daß eine Besitzesübergabe erforderlich war.

Was das Recht der andern Stämme anbelangt, so läßt sich aus den Volksrechten nichts entnehmen. Nach den Bestimmungen der L. Alem. und Bajuw. über Schenkungen an die Kirche geschieht zwar die Ueberreichung der charta vor dem Altar; inzwischen lassen sie es zweifelhaft, ob dieser Handlung nicht eine Besitzeseinräumung vorhergehen oder folgen mußte.

Dagegen wird in alemannischen und baierischen Urkunden aus dem 8ten und 9ten Jahrhundert so regelmäßig die Besitzesübergabe erwähnt, daß es nicht angeht, sie für rechtlich überflüssig zu halten, und wenn ihre regelmäßige Erwähnung allein keinen hinreichenden Beweis liefert, so muß ein solcher wenigstens darin gesehen werden, daß sie als ein formaler, und als ein vor Zeugen geschehener Act beurkundet wird.

Meichelb. l. c.

Nr. 528. (a. 828). S. tradidit ad F. partem de sua propria silva. Et statim ille ipse S. circumduxit missum — episcopi — et alios multos, quorum nomina hic scripta sunt. Isti sunt qui hoc viderunt et audierunt.

Nr. 540 (a. 829). Isti sunt, qui hoc viderunt, quod M. et

62) Vgl. form. X, u. XXII.

filius ejus circumduxerunt missos episcopi omnem rem, quam antea tradiderunt.

Nr. 326 (a. 815). Notitia de traditione, quam fecit R. — et post obitum R. filius ejus Ch. circumduxit et consignavit praedictam terram advocatos — episcopi, et in manus illorum vestivit et cum testibus firmavit.

Nr. 456 (a. 824). Et isti fuerunt ad vestituram, ubi U. — de eo, quod — tradidit, vestivit missum U. episcopi.

Nr. 512 (a. 828). — vestivit legaliter rebus suis servum Sanctae Mariae, et ille servus ibi sedebat tres dies et tres noctes.

Nr. 523 (a. 828). Nr. 550 (a. 831). Nr. 636 (a. 845).

Neugart. cod. dipl. Alem.

Nr. 45 (766). — revestivimus W. monachum per tribus diebus et per tribus noctibus.

Nr. 745 (a. 963).

Daß daneben einzelne Urkunden vorkommen, nach welchen die Besitzeseinräumung als ein, wenn auch gebräuchlicher, doch nicht unumgänglicher Act erscheinen möchte, soll nicht verhehlt werden.

Meichelb. l. c. N. 467 (a. 824). — ipsi firmiter tradiderunt medietatem hereditatis eorum in loco U. — eo modo, ut a die praesente firmiter tenetur ad domum S. Mariae — — Postea vero misit U. episcopus missos suos — ut vestituram ipsius rei accepissent.

Nr. 345 (a. 816). C. partem territorii ad ecclesiam tradidit et cum veracibus testibus confirmavit. Sed praeoccupato mortis articulo antequam vestituram ad ipsam ecclesiam de hoc territorio tradito perfecisset. Jam enim post obitum ejus R. frater ipsius cum aliis rebus — possidebat. — Hoc episcopus sciebat et in silentium — R. fideliter vocavit et ammonuit ut ipse inde se legitime emandasset — ipseque R. — ita fecit.

Inzwischen erledigt sich das Bedenken, welches die erste Stelle anregen könnte, durch das, was wir über die in den Traditionsformeln öfter vorkommenden Worte „a die praesente" schon oben gesagt haben. Um aber die zweite Urkunde in das rechte Licht zu setzen, führen wir eine Stelle an aus einem Rechtsbuch, das Savigny [63]) in das 11te Jahrhundert verlegt, nebst einer Entscheidung Innocenz III. v. J. 1199.

63) Gesch. d. r. R. II, S. 134 ff.

Petri Exceptiones leg. Romanarum, I, 61. De Donationibus ad Ecclesiam.

— Vel etiam si res, quae donata est, vel etiam vendita, non sit tradita, tamen procuratores venerabilis loci usque ad quadraginta annos rem vendicare poterunt, ac si eiusdem rei dominium per traditionem adepti essent. Haec actio iis etiam datur non solum adversus primas personas sed etiam adversus eorum heredes, vel adversus quoslibet possessores usque ad quadraginta annos.

Cap. 2 X de consuet. (I, 4, Innoc. III.). Si vero aliquis possessiones aliquas claustris vel aliis religiosis locis in bona valetudine vel ultima voluntate pro suorum vult remedio peccatorum conferre, hanc conferendi formam esse proponis, quod in hujus modi donationibus modicum terrae consuevit in manu accipere, vel in extremitate pallii, quod manu Praelati Ecclesiae sustinetur, aut super altare ponendum .... subdicta forma quae scotatio appellatur: Discret. vestrae mandamus, quatenus donationes (hujus modi) ... faciatis irrevocabiliter observari. Hujus modi signum, quod scotatio dicitur non tam factae donationis, quam traditae possessionis sit evidens argumentum.

Das Rechtsbuch, aus welchem die erste Stelle genommen ist, enthält freilich eine Bearbeitung römischen Rechts, aber zusammengehalten mit dem Ausspruch Innoc. III., darf sie als ein Zeugniß von allgemeinerer Bedeutung geltend gemacht werden, und läßt keinen Zweifel über den Gesichtspunkt, unter welchem die oben angeführte Urkunde zu betrachten ist.

Daß bei einer außergerichtlichen Veräußerung das Eigenthum ohne Besitzeseinräumung übergehe, erscheint hiernach als ein Satz, den zu ihren Gunsten die Kirche geltend machte, der aber zur Zeit, aus welcher die angeführte Urkunde stammt, auch der Kirche gegenüber keineswegs schon anerkannt war, und noch zur Zeit Innocenz III. angefochten wurde. Die erwähnte Urkunde, nach welcher der Bischof in vertraulicher Unterredung den Erben zur Anerkennung der Schenkung bestimmt, muß für sich allein schon die Vermuthung erregen, daß es sich hierbei um einen Anspruch handelte, der nach strengem Recht nicht durchzusetzen war. Nach den weiteren Anhaltspunkten, die angegeben worden sind, wird man hierüber kein Bedenken mehr haben, wie denn auch die schon besprochenen Capitularien, welche sich ebenfalls auf Traditionen an die

Kirche beziehen, und gegenüber den Anmaßungen der Geistlichkeit — unter gewissen Modificationen — das geltende Recht festhalten, unter diesen Gesichtspunkt fallen.

IV. Wir kommen nunmehr auf den Ausdruck „Gewere" zurück, von welchem oben behauptet wurde, daß er seiner Abstammung nach auf eine feierliche, und darum juristisch wesentliche Handlung hinweise. Das Ergebniß der unmittelbar vorhergehenden Untersuchung, daß die Besitzeseinräumung zwar nicht bei der gerichtlichen, aber doch bei der außergerichtlichen Veräußerung — und diese erscheint als die im ältern Recht durchaus vorherrschende Form — für den Uebergang des dinglichen Rechts nothwendig war, hat unsere Behauptung bestätigt. Es ist jetzt zuzusehen, welchen Gang der Sprachgebrauch nahm, als in der Folge bei Veräußerung von Grundstücken die gerichtliche Auflassung gebräuchlicher wurde, und schließlich die außergerichtliche Uebertragung ganz verdrängte.

Man kann sich die weitere Geschichte des Ausdruckes verschieden denken. Zunächst ließe sich annehmen, der Sprachgebrauch sei dabei stehen geblieben, daß der ursprünglich mit „Gewere" bezeichnete Act eine Besitzeseinräumung enthielt, und habe auch fernerhin die Besitzesübergabe, wenngleich sie für den Uebergang des dinglichen Rechts gleichgültig war, und dann auch wohl den Besitz selber mit dem Wort bezeichnet. Umgekehrt war es möglich, daß man an der Seite seiner ursprünglichen Bedeutung festhielt, wonach es einen für den Uebergang des dinglichen Rechts wesentlichen Act ausdrückte, und es nunmehr für die Auflassung, überhaupt für die Uebertragung des dinglichen Rechts, und, sofern man es von dem Act auf das durch ihn entstehende Verhältniß übertrug, für das dingliche Recht selbst gebrauchte. Diese Anwendung des Wortes würde die seiner Etymologie und seinem ursprünglichen Gebrauch gemäßere sein. Denn wie auseinandergesetzt wurde, hob es ursprünglich an dem ganzen Act gerade hervor, daß er ein feierlicher war, und rechtliche Wirkungen hatte.

Endlich ließe sich noch eine Anwendung des Wortes denken, die zwischen diesen beiden Fällen gewissermaßen die Mitte hielte. Insofern sich nämlich ein Besitzesrecht zu bilden begann, hielt man vielleicht an der Bedeutung „Besitz" fest, und setzte somit die vestitura auch dem dinglichen (Vermögens-) Recht entgegen, ließ aber die andere Seite der ursprünglichen Bedeutung des Wortes wenigstens insofern nicht fallen,

als man es auch in einem Gegenſatz zu der eigenmächtigen Beſitzergreifung gebrauchte.

Dafür, daß der Sprachgebrauch den zuerſt bezeichneten Gang einſchlug, ſprechen verſchiedene Urkunden, in denen von der Vornahme der vestitura die Rede iſt, obgleich der zu Veſtirende das dingliche Recht ſchon hat.

Z. B. Meichelb. Nr. 368 (a. 818). — **justo judicio superatus** reddidit ipsam ecclesiam — die vero eodem legitimum missum episcopi vestivit cum corda, unde signum tangitur, cum domibus, aedificiis etc.

Neug. Nr. 727 (a. 947). Tunc datis nunciis **a comite** ad ipsum locum venientes vestituram ab illis acceperunt.

Insbeſondere aber ſind mehrere Stellen aus den Capitularien Ludwig des Frommen anzuführen, in denen „vestitura“ allerdings ſchlechthin für „Beſitz“ gebraucht wird.

Capit. Wormatiense, a. 829, VIII. De vestitura triginta annorum, sive de rebus ecclesiae, quae ab eadem ecclesia per triginta annos possessae sunt.

Cap. IV. a. 819, 6. — Si vero (mancipium) tempore Domini Karoli genitoris nostri in villa illa confugerit, et dominus quis id quaerit, actor ejusdem villae aut legitime id contendat aut quaerenti domino reddat, et actor **propter investituram Domini Karoli** nostri genitoris idem mancipium contradicere non audeat, **si illius proprium esse cognoverit.**

Dagegen iſt auch eine für die Geſchichte des Wortes äußerſt wichtige Stelle desſelben Capitulare vorhanden, nach welcher dieſe Anwendung des Wortes als eine abuſive erſcheint.

Cap. II. a. 819, 6. Vestitura Domini et genitoris nostri eo modo volumus ut teneatur, ubicunque esse dicitur, ut... diligentissima investigatione perquiratur. Et si invenitur esse justa atque legitima, tunc vestitura dicatur; nam aliter ne vestitura nominari debet, sive sit in ecclesiasticis, sive in palatinis rebus.

Es iſt hierzu nur noch zu bemerken, daß man die Entgegenſetzung der justa et legitima, und der mißbräuchlich ſo genannten vestitura nicht etwa mit dem Gegenſatz: „Fehlerhafter, und fehlerloſer Beſitz“ identificiren darf. Der Anlaß zu dieſer Unterſcheidung lag dem fränkiſchen Recht jener Zeit noch fern. Vielmehr iſt dem Beſitz geradezu das

Eigenthum, oder genauer gesagt, dem Fall des bloßen Besitzes derjenige gegenübergestellt, in welchem der Besitz auf eine Weise erworben wurde, daß damit zugleich das Eigenthum auf den Besitzer übergehen mußte. Dieß kann noch besonders belegt werden durch

c. 8. eodem. De rebus unde Dominus Karolus imperator legitimam vestituram habuit, et hoc ita potest investigari, ut secundum justitiam ad nos debent pertinere —

Hingegen finden wir einen Sprachgebrauch, der, wie oben bemerkt, zwischen den beiden andern dort unterschiedenen Fällen gewissermaßen die Mitte halten würde, — schon im 9ten Jahrh. — in der Lombardei, wo sich unter dem Einfluß des römischen Rechts eher, als in andern germanischen Ländern, ein Besitzesrecht entwickelte. Das Wort wird hier für den Besitz, also im Gegensatz zu dem Eigenthum gebraucht; aber auch mit Rücksicht auf die rechtlichen Folgen, die der Besitz an und für sich hat, und mit Rücksicht somit auf seine Echtheit.

Leg. Long. Guidonis, 5. De chartis vero interdicimus, ut nemini liceat alienas res praesumtive invadere occasione chartulae ab eo factae, qui investituram legitimam [64]) non habens dinoscitur invasisse. Sed si quis acquisitor extiterit, non antea invadere alienas res — praesumat, antequam auctor chartulae legali et judiciali diffinitione eas vindicet.

L. L. Ottonis II.

1. De praediis si contentio emerserit, et utraque pars sive altera cum chartis seu scriptionibus praedium sibi vendicare voluerit; si ille qui falsam chartam appellaverit, per pugnam declarare voluerit, ut ita fiat, decernatur.

2. De vestitura praedii si contentio fuit, similiter ut per pugnam veritas decernatur, edicimus.

Form. ad h. l., 2. Petre te appellat Martinus quod ipse fuit investitus ad proprium de terra, quae jacet in tali loco, et tu cum malo ordine disvestisti.

---

64) Der Zusatz „legitima" muß wohl für eine Tautologie genommen werden. Ist eine solche nicht anzunehmen, so ist freilich kein Grund vorhanden, den hier in Rede stehenden Sprachgebrauch von dem unmittelbar vorher besprochenen zu sondern. Nichtsdestoweniger würde eben jener Zusatz eine andere Bedeutung haben, als in dem angeführten Capitul. Ludwigs des Fr. (a. 819, II. 6.).

Für die Auflassung anderseits findet sich „investitura“ zunächst im Lehnrecht gebraucht, und es ist nicht unwahrscheinlich, daß die Entstehung dieses Sprachgebrauchs mit der Entstehung der Lehngerichtsbarkeit in einem gewissen Zusammenhang steht. In der Zeit nämlich, in der die Versammlung des Lehnsherrn und seiner Vasallen eben erst als Gericht sich zu benehmen begann, mußte es zweifelhaft sein, ob die vor dem Lehnhof abgegebene Erklärung vor den Landgericht das dingliche Recht zu übertragen geeignet war. Diese Frage konnte von vornherein die Fassung erhalten, ob die Versammlung des Lehnspersonals als Gericht aufzutreten befugt sei; möglich war es aber auch, daß man den Act hinsichtlich seiner zweifelhaften Wirksamkeit vorzugsweise mit der üblichen Form der außergerichtlichen Uebertragung verglich, und somit fragte, ob die bloße Erklärung vor den versammelten Lehensmannen einer investitura gleichkomme, ihrer Wirkung nach eine investitura sei. Dieß lag dann um so näher, wenn es gerade dieser Act selbst war, mit dem die Lehengerichtsbarkeit ihren Anfang nahm; und wir haben damit einen Anlaß zur Uebertragung des Wortes, wie er in Bezug auf die schon früher an dem Land- und resp. Volksgericht stattfindende Auflassung nicht vorhanden war. Denn diese erschien von vornherein gegenüber der außergerichtlichen Veräußerung nicht als eine Form von zweifelhafterer Wirksamkeit, sondern als eine umständlichere und strengere Form.

In der bekannten Stelle der libri **Feudorum**, welche den jetzt in Rede stehenden Gebrauch des Wortes zu erklären sucht, wird Gewicht darauf gelegt, daß der vor dem Lehnhof stattfindende Uebertragungsact eine Uebergabe von Symbolen enthielt.

II. F. 2. Investitura autem proprie dicitur possessio, abusive autem modo dicitur, quando hasta vel corporeum quidlibet porrigitur a domino feudi se investituram facere dicente.

Daß dieser Umstand hier in Betracht kommt, muß wohl zugegeben werden. Nur kommt es nicht unmittelbar darauf an, daß jene Formalität in Ansehung der Symbole in der That eine körperliche Tradition war, als auf die Bedeutung, die man ihr in Ansehung der Sache selbst beilegte. M. a. W. es muß davon ausgegangen werden, daß man auch bei der Auflassung die Idee einer factischen Tradition der Sache nicht ganz fahren ließ, und diese durch Ueberreichung der Symbole ersetzt fand. Während die Symbole bei der ursprünglichen vestitura das Grundstück vorstellen mußten, weil es selbst unbrauchbar war,

um den juriſtiſchen Vorgang zu verſinnlichen, repräſentirten ſie es bei der Auflaſſung auch inſofern, als es nicht gegenwärtig war. Dieſe Vorſtellung mag allerdings mit zur Ausbildung des neuen Sprachgebrauchs beigetragen haben. Viel wichtiger aber, als daß man etwas, was allerdings die urſprüngliche investitura enthielt, die Beſitzesübergabe — in die Auflaſſung hineinlegte, war es ohne Zweifel, daß man die Auflaſſung rückſichtlich einer Eigenſchaft, die ſie wirklich hatte, rückſichtlich der Macht, das dingliche Recht zu übertragen, mit der investitura verglich. Die Geſchichte des Wortes nahm damit nur einen Gang, der, wie erörtert wurde, durch die Abſtammung und den urſprünglichen Gebrauch desſelben vorgezeichnet war, und die Anwendung der Symbole kommt viel mehr in Betracht, inſofern ſie in derſelben Weiſe bei der Auflaſſung, wie bei der investitura ſtattfindet, alſo inſofern ſie ein Zeichen iſt des gleichen juriſtiſchen Zweckes, als in der vorher angegebenen Beziehung, wonach ſie bei der Auflaſſung auch eine körperliche Uebergabe der nicht gegenwärtigen Sache erſetzte, während ſie bei der vestitura nur den Uebergang des Rechts verſinnlicht hatte.

Daß derſelbe Sprachgebrauch auch im Gebiet des Landrechts Eingang fand, kann nur vermuthet werden. Der Ausdruck findet ſich allerdings auch hier für das dingliche Recht gebraucht; allein als Belege, daß der Act der Auflaſſung damit bezeichnet wurde, ſind uns nur lehnrechtliche Urkunden erhalten.

Uebrigens haben wir es eben für wahrſcheinlich erklärt, daß ſeine Entſtehung gerade mit dem Lehnsweſen zuſammenhänge, und dieß vorausgeſetzt, iſt es von keinem großen Belang, ob er im Gebiet des Landrechts unmittelbar, oder erſt in ſeiner weiteren Umgeſtaltung — nachdem das Wort von dem Act bereits auf das dadurch begründete Verhältniß übertragen war — ſich geltend machte, um ſo mehr, als dieſe weitere Umgeſtaltung doch wieder aus dem Lehnrecht erklärt werden muß.

Für die ältere Zeit, in welcher die Unveräußerlichkeit der Grundſtücke die Regel bildete, und weitaus der häufigſte Grund einer dinglichen Berechtigung an ſolchen der geſetzliche Erbgang war, iſt es überhaupt nicht denkbar, daß man das Wort, welches den Uebertragungsact bezeichnete, auf das dingliche Recht ſelbſt angewendet, und für dieſes ſchlechtweg gebraucht hätte. Für das Lehnrecht iſt dieß, in Anbetracht, daß die Vererblichkeit der Lehen erſt allmählich ſich ausbildete, und auch,

nachdem sie anerkannt war, wenigstens eine Lehenserneuerung üblich blieb, eine ganz natürliche Erscheinung, und es kann auch nicht auffallen, wenn der so entstandene Sprachgebrauch in einer Zeit, wo bei Weitem der größte Theil des Allods in abgeleitetes Besitzthum verwandelt war, eine allgemeinere Geltung gewann.

Bekannt ist im Uebrigen, daß der Ausdruck gewere — sowohl insofern er ursprünglich die Besitzeseinräumung, als insofern er die gerichtliche Auflassung bezeichnete — späterhin nicht bloß unter Anderm, sondern ausschließlich für das Verhältniß, und nicht mehr für den Act gebraucht wurde.

V. Wenn hiernach die Geschichte unseres Wortes gleichzeitig so verschiedene Richtungen einschlug, so kann dieß nicht eben befremden. In der Anwendung des Ausdrucks traditio, der in den Urkunden jener Zeit eine ebenso hervortretende Rolle spielt, haben wir ja das vollkommene Seitenstück zu dieser Zerfahrenheit des Sprachgebrauchs. Er wird theils in dem Sinne des corpus juris angewendet; abgesehn von den Volksrechten — von denen ihn jedenfalls die Lex Ripuar. so gebraucht — in einem großen Theil der Formeln; er bezeichnet ferner die gerichtliche Auflassung, also einen Act, der mit der römischen traditio nur das gemein hatte, daß er unter gewissen Voraussetzungen das dingliche Recht übergehen ließ; endlich bezieht er sich auch auf einen Act, der lediglich die causa praecedens der Uebertragung bildet, die ihrerseits erst durch Besitzesübergabe bewirkt wird.

Allein was man für eine noch rohe Gesetzgebung, für die Formeln und Urkunden ungebildeter und handwerksmäßig verfahrender Notare erklärlich finden wird, das kann nicht mehr gelten für eine Zeit, die bereits eine wirkliche Rechtswissenschaft aufzuweisen hat, und für Aufzeichnungen, wie sie uns in den Rechtsbüchern vorliegen, die, wenn auch keine Systeme im Sinn unserer Lehr- und Gesetzbücher, doch durchdachte Zusammenstellungen des gesammten Rechts sind; insbesondere nicht für ein Rechtsbuch, das mit solcher Ueberlegung verfaßt und so aus einem Guß ist, wie der Sachsenspiegel. Wird „gewere“ auch hier für den Besitz und das dingliche (Vermögens-) Recht gebraucht, so ist zu vermuthen, daß man bereits einen Gesichtspunkt gewonnen hatte, welcher diese verschiedene Anwendung des Worts nicht mehr als einen Widerspruch erscheinen ließ. — Daß die zwei Bedeutungen von

„gewere“ [65]) sich in den Rechtsbüchern wirklich vorfinden, bedarf zunächst keiner Belege; was aber ihre Vereinigung anbelangt, so war es zum Theil der Zweck der im ersten Abschnitt vorausgeschickten systematischen Erörterungen, die Möglichkeit einer solchen zu zeigen. Wir wiesen darin nach, daß ein wirkliches Besitzesrecht besteht, und haben damit dargethan, daß mit „gewere“ als einem generellen Ausdruck für die — wenigstens in gewissem Maße — rechtliche, weil eines Schutzes theilhaftige, Herrschaft über eine Sache neben dem, was sonst ausschließlich als dingliches Recht hingestellt zu werden pflegt, auch das Verhältniß des bloßen Besitzers ohne Widerspruch bezeichnet werden konnte, sofern nur der Besitz an und für sich schon einen Grund, ihn zu schützen, abgab. Daß dieß der Fall war, wird später, in §. 10, bewiesen werden; auch werden wir dort das Bedenken beseitigen, ob das, was wir erst mittelst einer subtileren Abstraction herausgestellt haben, der verhältnißmäßig naiven Anschauung der Rechtsbücher zugeschrieben werden darf.

Hier liegt uns im Gegentheil ob, die Behauptung, daß der Ausdruck in dieser Weise generalisirt worden sei, einer Einschränkung zu unterwerfen, deren es nothwendig bedarf.

Denn allerdings ist der angegebene Gesichtspunkt, unter welchem es möglich war, die zwei Bedeutungen von „gewere“ zu vereinigen, in den Rechtsbüchern vorhanden, und gewiß war das Bewußtsein dieser Möglichkeit wirksam, wenn die Ueberlieferung des bisher sich widersprechenden Sprachgebrauchs hingenommen wurde. Allein es fehlt doch noch viel, daß durch consequente Durchführung jenes Gesichtspunktes der Widerspruch vollkommen beseitigt, und anderseits — sofern der bisherige Sprachgebrauch nach der Bedeutung „Besitz“ gravitirte — ein Gleichgewicht in die Anwendung des Worts gebracht wäre.

Zunächst ist der Ausdruck für das dingliche Vermögensrecht verhältnißmäßig sehr selten gebraucht. Rücksichtlich der Mobilien wenden ihn in dieser Bedeutung die Rechtsbücher gar nicht an; als Beleg, daß er auch wohl auf diese ausgedehnt werden mochte, ist uns nur eine Urkunde bekannt, die im nächsten §. mitgetheilt werden soll. Als Bezeichnung hinwiederum für das Recht an Grundstücken, findet er sich

65) Sie werden von Albrecht als factische und juristische, von Gaupp als factische und ideelle Gewere unterschieden.

am Häufigsten im Lehnrecht — ein Umstand, der, wie auch der vorher bemerkte, aus unsern bisherigen Erörterungen sich vollkommen erklärt.

Für den Besitz anderseits wird das Wort nicht bloß bei Weitem häufiger angewendet, sondern auch im Gegensatz zu dem Vermögensrecht, und in Fällen, wo er bloße Detention ist, oder doch nichts darauf ankommt, daß er ein Recht giebt; auch ist zu erinnern, daß, sofern es das Vermögensrecht ausdrückt, es doch wieder vorzugsweise für das gegenwärtige, lebendige Recht gebraucht wird, im Gegensatz zu einem eventuellen, das ipso jure entstehen kann; weil nämlich gegenüber dem letztern das Besitzesrecht mit jenem in eine gemeinsame Kategorie fiel.

Was die Statuten anbelangt, so bezeichnet „gewere" in ihnen kaum etwas Anderes, als den Besitz [66]), und endlich zeigen die spätern Quellen [67]), daß der Widerspruch des früheren Sprachgebrauchs schließlich doch nicht durch die Generalisirung des Wortes, zu welcher sich in dem Sachsenspiegel und den verwandten Rechtsbüchern der Ansatz findet, sondern durch den entschiedenen Sieg der einen, eben erwähnten, Bedeutung aufgehoben wurde.

Um noch der Prädicate zu gedenken, welche der Gewere ertheilt werden, so ist ein wahrhaft technischer Ausdruck die Zusammensetzung „**rechte gewere.**" Die Bedeutung des damit bezeichneten Instituts wird in §. 11. erörtert werden. Hier nur eine Bemerkung darüber, wie sich das Wort gerade in dieser Zusammensetzung zu dem Versuch, seine Bedeutung zu verallgemeineren, stellte.

Das so bezeichnete Institut ist, wie wir mit Bezug auf unsere späteren Erörterungen einstweilen behaupten dürfen, eine Ersitzung. Insofern nun zu dieser Ersitzung einerseits ein rechtmäßiger Erwerbstitel und namentlich die gerichtliche Auflassung, anderseits der Besitz von Jahr und Tag gehörte, könnte man zweifeln, auf was sich ursprünglich das Epitheton „rechte," und auf was das Wort gewere selbst bezog; und man möchte vielleicht annehmen, daß „gewere" auf die Auflassung gegangen sei, das Epitheton aber ausgedrückt habe, daß durch den hin-

66) Vgl. z. B. Gerber, a. a. O. S. 12.

67) Z. B. das bairische Landr. v. 1346. Uebrigens auch schon, so weit er sich nicht unmittelbar an den Sachsenspiegel anlehnt, der Schwabenspiegel. Ebenso das österreichische Landrecht (Ludewig, Reliqu. Manuscript. T. IV, p. 1 sqq.).

zutretenden jährigen Besitz, die — falls der Auctor selbst das Eigenthum nicht gehabt hatte — unvollkommene Wirkung der Auflassung ergänzt wurde. Dieß wäre inzwischen unrichtig. Denn „rechte gewere“ findet sich auch öfters für den jährigen Besitz schlechthin — ohne rechtmäßigen Anfang — gebraucht; theils insofern, als dieser an und für sich schon — gegenüber dem nicht so alten Besitz — in gewisser Beziehung ausgezeichnet ist [68]); theils aber auch mit Bezug auf den Fall der Verjährung selbst [69]); insbesondere so, daß das Beweisthema dessen, der sich auf Verjährung von Jahr und Tag beruft, in den jährigen Besitz und die Auflassung zerlegt, und jener für sich allein durch „rechte gewere“ bezeichnet wird. Darnach ist anzunehmen, daß das Epitheton „rechte“ nicht insofern angewendet wurde, als zu der Auflassung der Besitz hinzukam, sondern insofern sich mit dem Besitz die Eigenschaft der Jahresdauer und resp. die Auflassung verband.

Wie aber „gewere“ hier nach dem Ursprung des fraglichen Zusatzes den Besitz bedeutete, so konnte ihm diese specifische Bedeutung auch nicht genommen werden, wenn das Epitheton „rechte“ einen Sinn behalten, und anderseits nicht der ganze Ausdruck theils für Fälle, auf welche er sich bisher bezogen hatte, abkommen, theils auf ganz andere erstreckt werden sollte. Denn hätte man durch ihn nicht mehr das Factum, sondern den rechtlichen Charakter des Verhältnisses ausdrücken wollen, so würde der Zusatz „rechte“ für den Fall des bloßen jährigen Besitzes — ohne Auflassung — nicht mehr gepaßt haben, weil das darauf gegründete Besitzesrecht, wenn auch besser, als das gewöhnliche Besitzesrecht, doch keinenfalls besser war, als das durch Auflassung ent-

68) Sächs. Landr. III, 38, §. 1; II, 3, §. 1.

69) Sächs. Lehnr. 13, §. 1. Verm. Sachsenſp. I, 43, 3. Eben deswegen kann auch — worauf man freilich ohnehin nicht leicht verfallen wird — ein verschiedner Ursprung der fraglichen Zusammensetzung, je nachdem sie auf den Fall des bloßen Besitzes von Jahr und Tag, oder auf den der Ersitzung geht, angenommen werden. Diese doppelte Bedeutung des Ausdruckes „rechte gewere“ hat mit dem sonstigen Schwanken des Wortes zwischen der Besitzeseinräumung und der Auflassung, und resp. zwischen dem Besitz und dem dinglichen Recht, nichts zu schaffen. Sie enthält überhaupt keinen Widerspruch; vielmehr verhält es sich damit nicht anders, als wenn im Corpus juris schlechthin von possessio oder auch von civilis possessio die Rede ist, und nun aus der Umgebung erkannt werden muß, welche Art von Besitz, ob eine possessio ad usucapionem, oder nur ad interdicta gemeint sei.

ſtandene Vermögensrecht; aber auch für den Fall der Erſitzung nicht, weil das dadurch erworbene Recht wenigſtens keinen beſſern materiellen Gehalt hatte, als — wenn nur der Auctor ſelbſt Eigenthümer geweſen war — die durch bloße Auflaſſung begründete juriſtiſche Gewere [70]).

Das Wort gewere konnte alſo in dieſer Zuſammenſetzung dem Verſuch, ſeine Bedeutung zu verallgemeinern, ſich nicht wohl fügen. Dagegen war dieſer Verſuch hier auch weniger veranlaßt, indem das Wort mit ſeinem Epitheton gleichſam zu einem eignen, neuen Ausdruck zuſammengewachſen war [71]).

---

70) Nur inſofern man auf die formelle Seite, auf die Vertheidigung des Rechts ſah, würde der Zuſatz „rechte“ bei einer Entgegenſetzung der gemeinen juriſtiſchen Gewere gepaßt haben. — Die Anſicht, daß es im Gegenſatz zu dem nur durch Auflaſſung begründeten als einem — wenn der Auctor nicht Eigenthümer geweſen war — bloß relativen Recht gebraucht worden ſei, iſt entſchieden zu verwerfen. Denn es ſoll keinenfalls der Charakter der Relativität ausgeſprochen werden, wenn jenes Recht durch „gewere“ ſchlechthin bezeichnet wird.

Umgekehrt iſt gerade zu zweifeln, ob der Ausdruck gewere (ohne Beiſatz) nur unter Anderm auf das bloß relative Recht ſich bezog, oder nicht vielmehr bei Anwendung desſelben immer davon abſtrahirt wurde, daß der Auctor möglicherweiſe das Eigenthum nicht gehabt hatte; und es würde zunächſt zu unterſuchen ſein, ob überhaupt ein relatives Recht als ſolches — alſo als ſelbſtändiges Recht — beſtand, ſo daß man insbeſondere, mit der Berufung auf bloße Auflaſſung durch rechtskräftiges Urtheil abgewieſen, es noch einmal mit einer durch Erſitzung begründeten Klage verſuchen konnte. Die Frage wäre analog der für das römiſche Recht aufzuwerfenden, ob die bonae fidei possessio nur präſumtives Eigenthum (die Publiciana eine Eigenthumsklage), oder ein ſelbſtändiges Recht iſt.

Beſtand dieſes relative Recht als ſolches, und wurde es ebenfalls durch „gewere“ bezeichnet, ſo würde in dieſer Hinſicht die übliche Behauptung, daß die Gewere ſich über die Gränzen der Dinglichkeit hinauserſtrecken, — eine Behauptung, die wir ſonſt bekämpfen — nicht ungerechtfertigt ſein. Denn ein Recht dieſer Art iſt — genau genommen — nur ein Complex perſönlicher Anſprüche. Wir dürfen dieſer Unterſuchung, da Fragen gröberer Art noch hinreichend zu thun geben, füglich aus dem Wege gehen.

71) Man betrachte z. B. den Ausſpruch des Art. 13, §. 1, des ſächſ. Lehnr.: — of die man die rechten geweren dar an getüchen mach mit seven mannen, des lenes gewere sterct he al ene uppe'n hilgen —. Daß der jährige Beſitz zugleich ein Recht, ein jus possessionis gab, kann hier nicht hervorgehoben ſein. Denn der Lehnsgewere gegenüber würde für dieſes jus possessionis der Zuſatz „recht“ nicht paſſen. Anderſeits aber

Ein zwar nicht oft sich vorfindendes, aber doch sehr bemerkenswerthes Prädicat der Gewere ist „lediglich.“ Näher wird von dieser Zusammensetzung im nächsten §. die Rede sein; einstweilen erinnern wir nur, daß sie keineswegs die specifische Bedeutung „Besitz“ hat, sondern das gegenwärtige, lebendige Recht ausdrückt, im Gegensatz zu einem bloß eventuellen, das ipso jure entstehen kann. Wie oben bemerkt wurde, wird in dieser Antithese zuweilen auch „gewere“ schlechthin gebraucht.

Bezüglich der sonst noch anzutreffenden Beisätze können wir füglich auf das von Andern schon Bemerkte [71]) verweisen; mehrere von ihnen sollen die Gewere als Besitz charakterisiren; zu wirklich technischen sind sie inzwischen nicht geworden.

---

wurde die Härte, daß „gewere“ in demselben Satz den Besitz, und das Vermögensrecht bezeichnet, gewiß dadurch gemildert, daß es in der einen Bedeutung mit dem Epitheton „rechte“ gleichsam ein einziges, neues Wort bildete.

72) S. z. B. Stein, Ueber das deutsche Sachenrecht, S. 87; Stobbe, a. a. O. S. 435, 436.

§. 8.

Gewere als dingliches Vermögensrecht.

Sächs. Landr. II, 44, 3. Sve son an sime lene oder an liftgedinge siner muder oder nichtelen ime egen seget, he mut die egenlike gewere mit ses scepenbaren vrien mannen getugen, oder im wirt da burst an.

S. Lehnr. 13, §. 1. — of die man die rechten geweren daran getüchen mach mit seven mannen, des lenes gewere sterct he alene upp'en hilgen.

Daſ. 38, §. 3. Lenes gewere ne mach nieman getüch sin ane die von 'me herren belent is. Gemener gewere si getüch jewelk umbesculden man an sime rechte.

S. Landr. I, 21, §. 2. Lifgetucht ne kan den vrowen nieman breken —, se ne verwerket selve; so dat se ovetbome up howe, oder lüde van deme gude verwise die to deme gude geboren sin oder to swelker wis se ire liftucht ut van iren weren let.

Magdeb. Schöffenurth. (Böhme, S. 152). — un spricht der todtin frauen man, — froginde sint demmole das her alle farende habe der frau — in seine gewere entphangin hette, ob die vorg. frau ymandt wedir seinen willen und one seynen willen icht geantwortet hette, ob man seine gewere domete gebrechen mag?

Wir führen dieſe Stellen als Belege an, daß das Wort gewere auch inſofern ein genereller Ausdruck des Sachenrechts iſt, als es die verſchiedenen Species des dinglichen Vermögensrechts begreift. Im Folgenden wollen wir die Gewere in dieſer Beziehung näher ins Auge

faſſen; ohne daß es jedoch unſere Abſicht iſt, die einzelnen Rechte ihrem Gehalt oder ihrer Zahl nach vollſtändig darzuſtellen.

Wir haben uns überhaupt nicht die Aufgabe geſtellt, das mittelalterliche Sachenrecht auch nur einigermaßen erſchöpfend wiederzugeben, ſondern wollen nur gewiſſe Hinderniſſe allgemeinerer Art beſeitigen, die dem Verſtändniß der Rechtsbücher, insbeſondere vermöge der romaniſtiſchen Doctrin, in dem Weg ſtehen. Und ſo beſteht auch hier unſer Zweck nur in dem Nachweis, daß es nicht eine Unvollkommenheit iſt, ſondern auf einer durchaus berechtigten Anſchauung beruht, wenn die im Corpus juris enthaltene Gliederung der dinglichen Vermögensrechte ſich in den Rechtsbüchern nicht vorfindet.

Wir haben in §. 2. eine Anzahl dinglicher Rechte aus dem Kreis der jura in re aliena hinausgewieſen, und ſie als Nutzrechte hingeſtellt, welche zwar, weil revocabel, nicht als Eigenthum zu bezeichnen ſeien, aber doch anderſeits ein gleichzeitiges Eigenthum an der Sache ausſchließen. Die Anſchauung der Rechtsbücher entſpricht dieſem Ergebniß unſerer Erörterungen. Während die romaniſtiſche Doctrin bemüht iſt, jene Rechte einer gleichzeitigen abſoluten Herrſchaft über die Sache einzufügen, ſtehen ſie nach den Rechtsbüchern mit dem Eigenthum (resp. dem eigen) in dem Verhältniß ſucceſſiver, nach Maßgabe gewiſſer Bedingungen ſich ablöſender Rechte, und die Gleichartigkeit, welche rückſichtlich der Qualität der Berechtigung vorhanden iſt, findet hier, während ſie in der „Gliederung" des römiſchen Rechts untergeht, ihre volle Anerkennung.

Dieß kann, wenn wir einen Blick auf die Geſchichte des römiſchen und deutſchen Rechts werfen, nicht Wunder nehmen. Für die Römer, bei welchen eine abſolute Herrſchaft das urſprüngliche dingliche Recht war, und immer die Regel blieb, lag es nahe, daß man die ſeltneren Fälle, in welchen nun doch eine wiederrufliche Herrſchaft vorkam, dem gewöhnlichen Verhältniß anpaßte, und indem man die wahrhafte Qualität dieſer wiederruflichen Herrſchaft ignorirte, das ungegenwärtige, nur in Ausſicht befindliche Eigenthum im Voraus beſtehen ließ. Bei den Deutſchen war, ſoweit wir zurückgehen können, das Recht an Grundſtücken zu Gunſten der Erben gebunden, ſo daß es in der That nur als ein lebenslängliches Nutzrecht erſcheint; das eigen des Sachſenſpiegels iſt noch nichts Anderes. Der Feudalismus hinwiederum, der allerdings, um ſich auszubreiten, die zu Gunſten der Erben beſtehende

Gebundenheit des Grundbesitzes zunächst durchbrechen mußte, brachte doch nur eine andere Art revocabler Herrschaft, bis dann mit der Vererblichkeit der Lehen zugleich die s. g. **successio ex pacto et providentia majorum** eingeführt, und damit das Recht am Lehen in zwiefacher Hinsicht — in Ansehung des Lehnsherrn und der Agnaten revocabel wurde. Es war somit von vornherein gar kein Anlaß gegeben zu der künstlichen Gruppirung der dinglichen Rechte, wie sie der römischen Doctrin eigen ist; und der einfachen und richtigen Auffassung der fraglichen Verhältnisse, vermöge deren das Recht des Einen als gegenwärtiges, das des Andern als ein bloß eventuelles behandelt wird, stand nichts im Wege.

Was das Lehnsverhältniß anbelangt, so ist dasselbe mit klaren Worten ausgesprochen in Art. 14. des sächs. Lehenrechts.

En gut mach maniger herren sin, also dat it ene von deme andern hebbe; doch mut enes die gewere sin. Svie so it in nut unde in gelde hevet, unde den tins dar ut nimt, it si wif oder man, die hevet die gewere daran, unde dem sal man antwerden, of dar jeman uppe misse dut.

Wenn allerdings auch Stellen vorhanden sind, in welchen dem Lehnsherrn eine Gewere zugeschrieben wird, so kommt selbstverständlich Alles darauf an, in welchem Gegensatz dieß geschieht. Denn an und für sich hat es ja keinen Anstand, auch von dem, dessen Recht ipso jure entstehen kann — indem man von der Zeit abstrahirt — zu sagen, er habe ein Recht an der Sache. So steht folgende Stelle unserer Behauptung nicht entgegen.

Sächs. Lehnr. Art. 7. **Svelk herre en gut liet sinen manne, darmede n'is im de gewere nicht gevernet gegen sinen herren; of ime sin herre des gudes nicht bekant, so doch sin man von sinenthalven dat gud in geweren hadde.**

Hier ist von einer Afterverleihung die Rede. Daß die Gewere dem Vasallen nicht gefernet sei, wird nicht im Gegensatz zu der Berechtigung des Aftervasallen, sondern im Gegensatz zu einer nähern Berechtigung des Lehnsherrn gesagt. Es soll nur ausgedrückt werden, daß der Vasall noch immer zwischen dem Lehnsherrn und dem Gute steht. Ueberdieß wird durch die nachfolgenden Worte: „**so doch sin man von sinenthalven dat gud in geweren hadde**“ noch ausdrücklich auf die

Apertur als den Zeitpunkt hingewiesen, von welchem an eigentlich die dem untern Lehnsherrn zunächst allgemein zugeschriebene Gewere besteht.

Andere Stellen dagegen behandeln die nämliche Frage, wie der zuerst angeführte Artikel des sächs. Lehnrechts, und schreiben gleichwohl dem Lehnsherrn eine Gewere zu; wenn nicht direct, so doch mittelbar, indem sie die des Vasallen als eine „ledigliche" kennzeichnen.

Sächs. Landr. II, 57. — **Al si en gut manges mannes, also dat dat en von dem anderen hebbe, svat so man up deme gude dut, dat sal man beteren deme, die't in ledichliken geweren hevet, unde anders nemanne.**

Schwäb. Landr. 216 (Laßb.).

Darin liegt jedoch so wenig ein Widerspruch, daß vielmehr die Vorstellung sich ablösender, anstatt gleichzeitiger, Rechte durch den Ausdruck „ledigliche Gewere" noch vollkommener hervortritt, als wenn dem Lehnsherrn schlechthin eine Gewere abgesprochen wird.

Mit Unrecht will man [73]) dadurch den Besitz bezeichnet finden. Der Besitz, resp. das Besitzesrecht, könnte unter Anderm durch den Ausdruck bezeichnet werden; aber er hat diese Bedeutung keinenfalls als eine specifische. Eine Hindeutung auf das factische Innehaben des Gutes liegt durchaus nicht darin, sondern nur die Idee der Freiheit, sei es nun von einer Last, oder von einem Band. Zur genauern Auslegung des Wortes aber kann die häufige Redensart dienen, in welcher die Stammform von „lediglich" vorkommt: **En gut wird dem herren ledig.** Denn offenbar ist die sinnliche Vorstellung hierbei nicht, daß das Gut, während es bleibt, wo es ist, von einer darauf ruhenden Last befreit wird, sondern es wird an die Lösung eines Bandes gedacht, welches den Anfall verhinderte; das Gut kommt von dem Vasallen los, an den Herrn [74]). In entsprechender Weise soll nun mit dem Ausdruck „**lediglike gewere**", der sowohl für das Recht des Herrn, der das Gut noch unverliehen hat [75]), als für dasjenige des Vasallen gebraucht wird, keineswegs auf einen gewissen Inhalt des

73) Zuerst Albrecht (S. 8).

74) Vgl. S. Landr. I, 25, §. 3: — **sine len sint von ime (dem man) ledig.**

75) Sächs. Landr. I, 34, §. 2: **Svelk man sin gut gift unde dat weder to lene untveit, dem herren hilpt de gave nicht, he ne behalde dat gut in sinen ledichliken geweren jar unde dach.**

Rechts hingedeutet, sondern nur bezeichnet werden, daß es nicht durch die Herrschaft eines Andern zurückgedrängt ist. Es wird also damit das gegenwärtige, lebendige Recht bezeichnet, mit Bezug auf ein anderes Recht, das ipso jure entstehen kann. Der Lehnsherr hat an dem verliehenen Gut eine Gewere in keinem andern Sinn, als in welchem auch dem eventuell (nach Gedingsrecht) Belehnten eine solche zugeschrieben werden kann, und es kann somit gar kein Bedenken erregen, wenn in Stellen, welche die nämliche Frage behandeln, hier dem Lehnsherrn eine Gewere abgesprochen, dort eine zuerkannt, dafür aber die des Vasallen als eine lediglich charakterisirt wird. Der Ausdruck findet sich — abgesehn von einigen Stellen, die wir nachher anführen werden — nur mit Bezug auf das Lehnsverhältniß gebraucht; er ist aber überhaupt bezeichnend für eine Anschauung, welche successive Berechtigungen annimmt, wo die römische Doctrin — sei es so, daß sie das gegenwärtige Recht zu einem jus in re aliena herabsetzt, sei es, indem sie ihm, wie dem Besitzesrecht, den Charakter eines Rechts abspricht — eine Gleichzeitigkeit gewisser dinglicher Verhältnisse fingirt. In diesem Sinn, aber auch nur in diesem, könnte man ihn auch für das Besitzesrecht anwenden, indem der Redeweise, nach welcher der Vindicant durch den Beweis seines Rechts die Sache dem Besitzer „abgewinnt" auch allenfalls die Phrase substituirt werden könnte, daß ihm dadurch das — vermöge des Schutzes, den der Besitz an und für sich genießt, bis dahin dem Besitzer unterworfene — Gut ledig werde.

Als Beleg, daß der usus fructus des deutschen Rechts, die Leibzucht, auch unter die Kategorie der Gewere fiel, wurde schon Art. 21, §. 2. des sächs. Landr. angeführt [76]). Es läßt sich aber auch zeigen, daß diese Gewere in ihrem Verhältniß zu der Gewere dessen, dem das Gut als eigen zugehörte, ganz aus dem nämlichen Gesichtspunkt betrachtet wurde, wie die des Vasallen. Das Epitheton „lediglich," findet sich hier zwar nicht, obwohl es entsprechender Weise heißt, daß das Gut durch den Tod des Leibzüchters dem, der es als eigen haben soll, „ledig" werde [77]). Ein deutlicher Beweis ist jedoch in folgender Stelle enthalten.

---

76) „Gewere" ist in dieser Stelle nicht für den Besitz, sondern für das Vermögensrecht zu nehmen, weil die Worte: „to svelker wis se ire liftucht ut van iren weren let" auf die dem Leibzüchter verbotene Veräußerung bezogen werden müssen.

77) Sächs. Landr. II. 21, §. 3. Hevet ok en wif lifgetucht an egene

Sächs. Landr. III, 75. **An egene is recht lifgetucht der vrowen, wende it in nieman gebreken mach to irme lieve; unde an len nicht, wende it in to maneger wis gebroken mach werden. §. 2. Len bi ires mannes lieve is ir gedinge; na ires mannes dode is it ire rechte len.**

Das was hier in §. 1. als lifgetucht an lene bezeichnet ist, wird in §. 2. geradehin als Lehen aufgefaßt, so daß, wenn schon zwischen diesem Leibzuchtslehen und einem gewöhnlichen Lehen in Ansehung der Wiederruflichkeit bemerkenswerthe Unterschiede stattfanden, sie doch qualitativ so gleichartig gedacht wurden, daß sie nicht neben einander Platz hatten. Ebensowenig aber konnte dann zwischen der Leibzucht und der egenliken gewere ein anderes Verhältniß, als das einer Aufeinanderfolge angenommen werden.

Albrecht, der (S. 226) eine gleichzeitige Gewere des Leibzüchters, und der Erben des Bestellers nachzuweisen sucht, giebt zu, daß die Stelle auf den ersten Anblick seiner Ansicht widerspreche, glaubt aber diesen Widerspruch mittelst einer Stelle des sächsischen Lehnrechts beseitigen zu können, die das gleiche Thema behandelt, und zwei Geschäfte unterscheidet, durch welche der Frau die lebenslängliche Benutzung eines Lehens verschafft werden könne.

Sächs. Lehnr. Art. 31, §. 1. **Dinget en man sime wieve gut mit siner sone gelove, die to irem jaren komen sin, dat ne kan weder die herre noch die kindere breken, of die's getüch hevet. Lovet it die kindere binnen iren jaren, dat mogen sie breken, unde nicht die herre. §. 2. Liet aver en herre ener vrowen gut, nicht na gedinges rechte, mer mit den benömeden worden to irme lieve, dat len dat sal he ir stede halden to irme live, al winne sie ok wol sone dar na, deste ir man mit deme gude in rechten geweren besterve.**

Albrecht behauptet nun, das zweite Geschäft sei von dem ersten wesentlich verschieden, und begründe nicht ein Lehen, sondern eine Leibzucht am Lehen, in dem Sinn, daß daneben eine Gewere des Lehnserben bestehen könne; die angeführte Stelle des sächs. Landrechts aber rede nur von dem ersten Geschäft.

---

ader an lene, svat se gebuwes dar uppe hevet svenne si stirbt, dat ne erft se nicht an iren nechsten mach, it nimt die, deme dat gut ledich wirt. —

Letzteres ist zuzugeben, und dabei zugleich ein Punkt festzustellen, den Albrecht zweifelhaft läßt, daß nämlich das sächs. Landrecht das zweite Geschäft noch gar nicht kennt. Dieß geht einmal aus der Stelle selbst hervor. Denn es wird darin gerade ein Umstand hervorgehoben, rücksichtlich dessen sich die beiden Geschäfte unterscheiden, indem die Unsicherheit des Rechts, die dort obwaltet, hier wegfällt; und diese Unterscheidung würde, wenn das zweite Geschäft schon vorgekommen wäre, jedenfalls gemacht worden sein. Es ergiebt sich aber auch aus der Glosse zu Art. 75 [78]), nach welcher anzunehmen ist, daß auch die Aufführung jenes zweiten Geschäfts im Lehnrecht (Art. 31, §. 2, Art. 2, §. 3) dem ursprünglichen Text desselben fremd war.

Der Sachverhalt ist nun folgender. Zur Zeit der Abfassung des Landrechts konnte der Frau aus verschiedenen Gründen nur eine sehr unsichere Leibzucht an Lehengut verschafft werden. Einmal fiel das Geschäft, sofern der Nießbrauch schon bei Lebzeiten des Mannes bestellt wurde, aber erst nach seinem Tode wirklich entstehen sollte, unter die Kategorie des Gedinges, der Eventualbelehnung. Als solches darbte es der Folge, brauchte also von den Nachfolgern des Lehnsherrn nicht anerkannt zu werden, und wurde anderseits gebrochen, wenn der bisherige Besitzer lehensfähige Erben hinterließ. Aber auch abgesehn von diesen Eigenthümlichkeiten des Gedinges, und wenn der Tod des Mannes vor einem Herrenwechsel erfolgte, blieb die Leibzucht der Frau noch immer unsicher, weil der Nachfolger des Lehnsherrn auch wegen der Lehensunfähigkeit der Weiber sie nicht anzuerkennen brauchte. Späterhin wurden jedoch sowohl jene Grundsätze des Gedingsrechtes, als auch der Satz, daß Weiber als lehensunfähige Personen der Folge darbten, zu Gunsten der Wittwe durchbrochen, und eben dieses neuere Recht enthalten Art. 31, §. 2, u. Art. 2, §. 3 [79]) des Lehnr., spätere Zusätze zu seinem ursprünglichen Text. Das Verhältniß aber zwischen

78) Vgl. Homeyer, Sachsenſp. II, 2, S. 363, u. II, 1, S. 49.

79) Kumt aver en wif in die gewere des gudes mit rechte oder mit ires herren minnen, na des dode, die is ire gedinget hadde to irme lieve, sie sal dar mede besitten to irme lieve, dat it ir mit uplatene noch mit irs herren dode nicht gebroken ne mach werden, deste sie's sinne na ireme rechte, unde hevet volge daran an jewelken herren, an den dat gut kumt; nicht ne ervet sie it aver na irem dode up ire kindere.

dem neueren und älteren Recht war dieſes, daß erſteres nur, wenn dieß ausdrücklich — mit benömeden worden — feſtgeſetzt worden war, Platz greifen ſollte.

Die angegebenen Neuerungen betrafen, wie man ſieht, nur die Quantität des Rechts, ſeine Wiederruflichkeit. Die Beſchaffenheit ſeines Inhalts blieb dieſelbe, und nichts führt darauf hin, daß man die neue Leibzucht an Lehen hinſichtlich der Möglichkeit einer andern gleichzeitigen Gewere anders angeſehen habe, als das ältere Inſtitut. Sie war ebenſo wie dieſe zugleich ein Lehen am Gut, und die entgegengeſetzte Anſicht würde darauf hinauslaufen, daß die Unſicherheit des Rechts es zu einem dem Lehen gleichartigen, die größere Sicherheit zu einem jus in re aliena gemacht habe. Wenn man aber einwenden ſollte, daß mit der ganzen bisherigen Erörterung zu viel bewieſen ſei, indem es eben an Lehengut keine wirkliche Leibzucht gegeben habe, ſo iſt darauf hinzuweiſen, daß in Art. 75 des Landr., wo die liftucht an egene und die an lene zuſammengeſtellt werden, der letzteren nur um des Willen der Charakter einer rechten Leibzucht abgeſprochen wird, weil ſie auf mancherlei Weiſe gebrochen werden könne — ein Umſtand, der bei der ſpätern Leibzucht gerade wegfiel, und der, wie rückſichtlich des gegenſeitigen Verhältniſſes der beiden Leibzuchtslehne oben bemerkt wurde, für unſere Frage nichts ändern kann.

Anders, als die beſprochenen Rechte, ſcheint das Recht des Bauern am Zinsgut aufgefaßt zu ſein. Denn es läßt ſich nicht leugnen, daß eine gegenwärtige Gewere des Zinsherrn anerkannt wird.

Sächſ. Lehnr. Art. 14 — Svie so it in nut unde gelde hevet unde den tins dar ut nimt, — die hevet die gewere daran.

Richtſt. Landr. I, 26.

Richtſt. Lehnr. 29, 2.

Dieß muß gegenüber der Wahrnehmung, die wir im Lehnrecht machen, befremden. Denn es beſteht ja zwiſchen dem Lehen, und dem Recht des Bauern am Zinsgut eine weſentliche Analogie; eine Analogie, die überdieß nicht eine zufällige Gemeinſamkeit dogmatiſcher Geſichtspunkte iſt, ſondern die ganze Entwickelung und Bedeutung der Inſtitute betrifft, indem mit Recht in dem unfreien Bauernthum gegenüber den zum Heerſchild Geborenen, und in dem abgeleiteten Beſitz des Bauern gegenüber dem abgeleiteten Beſitz des Vaſallen, nur die Fortſetzung derſelben feudalen Gliederung und Abhängigkeit geſehen wird.

Allein wenn auch die Entwickelung der beiden Institute eine durchaus analoge war, so besteht doch der Unterschied, daß das Verhältniß des Zinsmannes in seiner Umwandlung aus einem factischen zu einem rechtlichen, und in seiner Befestigung, um viele Jahrhunderte hinter dem Lehen zurückblieb; und darin ist auch der Grund zu suchen, wenn beide Verhältnisse hinsichtlich der Gewere verschieden behandelt werden. Darum stellt sich aber auch die Gewere des Gutsherrn zu derjenigen des Zinsmannes keineswegs wie zu einem jus in re aliena oder einem dominium utile, sondern so, daß es für jede von beiden ein anderes Gebiet ihrer Anerkennung giebt, in dem sie ausschließlich existirt.

Das Verhältniß des Zinsmannes war zur Zeit der Rechtsbücher allerdings kein bloß factisches mehr, sondern war durch Hofgewohnheit befestigt, und fand vor dem Hofgericht seine Anerkennung. Man kann es insofern ein zwischen Factum und Recht in der Mitte stehendes Verhältniß nennen, als die Willkür des Herrn, von der es früher ganz und gar abhing, durch seine Anerkennung innerhalb eines Kreises, in dem doch wieder der Herr die entscheidende Gewalt hatte, mehr in eine größere Entfernung gerückt, als ganz und gar beseitigt war. Für unsere Frage genügt es inzwischen zu sagen, daß es als Rechtsverhältniß nur eine beziehungsweise Anerkennung genoß. Für das Landgericht existirte es als solches nicht; von diesem vindicirte das Gut der Zinsherr [80]). Im Landrecht hat daher der Gutsherr allerdings eine Gewere, aber auch eine ausschließliche; und umgekehrt mußte im Hofrecht — nach Analogie des Lehnrechts — die Gewere, die dem Zinsmann hier zugeschrieben wurde, ebenfalls als eine ausschließliche erscheinen.

Die Art, wie das sächsische Landrecht das Recht des Bauern am Zinsgut behandelt, steht also wenigstens in keinem Widerspruch zu unsern Behauptungen. Daß aber das Recht am Zinsgut, sofern es aus einem Pachtvertrag unter Freien entsprang, oder soweit das Hofrecht sich schon auf das Niveau des Landrechtes erhoben hatte, ganz der nämlichen Auffassung anheim fiel, wie das Lehen, zeigen folgende Stellen späterer Rechtsbücher, die sich ganz an die oben bezüglich des Lehnsverhältnisses angeführten anschließen.

Richtst. Landr. II, 7. — Als du fragest, du habest gut in deinen lediglichen geweren, das habest du vermeygeret (gepachtet) —

80) Vgl. darüber die Ausführungen von Albrecht, S. 302 ff.

auf dem gut sei frevel geschehen, den sol man dir bussen — Ich sprich, ist dein gut manches mannes, also, das es einer von dem anderen habe, was man auf dem gut frevelt, das sol man den pessern, der es in lediglichen weren hat.

Freysing. Rechtsb. I, c. 144. Von zynsguet und von dinsten. Und ist das ein man guet von dem andern hat, wer an dem guet frävelt, der es mit nutz in ledichlicher gewalt hat, den sal man pessern.

Um noch das Pfandrecht ins Auge zu fassen, so würde, wenn es seinem materiellen Gehalt nach schon mit dem Pfandrecht des spätern römischen, und des modernen Rechts übereinstimmte, die bisher besprochene Eigenthümlichkeit der Rechtsbücher rücksichtlich der Gruppirung der dinglichen Rechte einer für den Pfandschuldner zurückbleibenden Gewere nicht entgegenstehen. Vielmehr würde bei der reinen Hypothek umgekehrt fürerst nur dieser eine ledigliche Gewere haben; bei dem Faustpfandrecht würde, da das jus detinendi, auf das sich zunächst sein Inhalt beschränkt, das Wesen des Eigenthums nicht angreift, und jedenfalls nicht die ganze Herrschaft an der Sache erschöpft, beiden Personen eine ledigliche Gewere zustehen können.

Eine derartige Vertheilung der Gewere zwischen dem Pfandgläubiger und Pfandschuldner kann sich jedoch in dem Sachsenspiegel schon deshalb nicht finden, weil das Pfandrecht des Sachsenspiegels, wie behauptet werden muß, noch ein der fiducia des ältern römischen Rechts ähnliches Institut ist, von ihr nur dadurch verschieden, daß das Eigenthum des Pfandschuldners ipso jure wieder aufleben kann.

Zweifelhafter ist dieß rücksichtlich der Verpfändung von fahrender Habe. Wenn man es früherhin gerade hier für ausgemacht hielt, daß das Recht des Pfandgläubigers nichts Anderes als eine Art revocablen Eigenthums sei, so stützte man sich dabei auf die bekannte Stelle, in der die Regel: „Hand muß Hand wahren" enthalten ist [81]). Wir unserseits glauben jedoch, daß diese Regel hier außer Ansatz bleiben muß. Denn einerseits nimmt man — wie wir später nachweisen werden — mit Unrecht an, daß dem Pfandschuldner die Vindication darnach unbedingt abzusprechen sei; anderseits aber kommt es uns hier darauf an, ob der materielle Gehalt des Pfandrechts an und für sich ein derartiger

81) Vgl. z. B. Madai, Ztschr. f. d. R. W. VIII, S. 284 ff.

war, daß eine gleichzeitige Gewere [82]) des Pfandschuldners ausgeschlossen sein mußte, während die angegebene Regel auf ihren eigenthümlichen Gesichtspunkt zurückzuführen ist, und unsre Frage nur durchkreuzt.

Es wird sich, wenn wir von dieser Regel vorläufig ganz abstrahiren, hauptsächlich fragen, ob das Pfandrecht an fahrender Habe dem Gläubiger mit dem Besitz auch die Benutzung der Sache gab. Denn dieß vorausgesetzt, wird man nicht zweifeln dürfen, daß das Verhältniß ebenso wie der usus fructus behandelt, d. h. nur dem Pfandgläubiger eine lediglich Gewere zuerkannt wurde.

In dem sächsischen Landrecht finden sich keine ausdrücklichen Bestimmungen hierüber; doch fehlt es nicht an Anhaltspunkten, um ein Nutzungsrecht des Pfandschuldners wenigstens wahrscheinlich zu machen. Albrecht, welcher es in Abrede stellt (S. 133), beruft sich dabei auf die bekannte Regel, nach welcher der Gläubiger das, was dem verpfändeten Thier zwischen Krippe und Wasser zustößt, nur insofern zu tragen hatte, als er durch den Tod desselben seine Forderung einbüßte, wenn dagegen das Thier auswärts (d. h. bei einer Benutzung) von einem Zufall getroffen wurde, zu vollem Schadenersatz verpflichtet war. Diese Berufung würde allerdings zuzulassen sein; allein die Regel findet sich, soweit sie hinsichtlich des Zufalls einen Unterschied statuirt, wohl in dem Schwabenspiegel [83]), dem bairischen Landrecht v. 1346 [84]), und andern spätern Quellen, aber nicht in dem sächsischen Landrecht. Hier heißt es schlechtweg, daß, wenn das Thier ohne Schuld des Pfandgläubigers stirbt, er keinen Schadenersatz zu leisten hat, aber seine Forderung verliert; ire gelovede ne stünde denn anderes .. [85]). Eine Andeutung, daß der Zufall, der das Thier auswärts (bei einer Benutzung) traf, als ein casus mixtus behandelt worden, und also die Benutzung unerlaubt gewesen sei, ist nicht vorhanden; und daß dieß

82) Wir sehen übrigens davon ab, daß der Ausdruck gewere, wie im vorigen §. bemerkt wurde, nur selten für das Vermögensrecht an Mobilien gebraucht werden mochte.

83) Art. 258 a. E.

84) Cap. 243. Setzet einer dem andern ros zu phand, was dem zwischen parus und wasser geschicht, das ist dem geschehen, der ims gesetzt hat; ritt oder fuer er über land damit an seinen willen, so soll er im je vor der meil sechs ph. geben hin und her, also das es im nicht geergeret werde; gesche es aber, so sol er ims gelten.

85) B. III, 5, §. 4 u. 5.

nicht bloß übergangen ist, sondern eine solche Bestimmung in der That nicht bestand, läßt sich aus dem vermehrten Sachsenspiegel zeigen. Hier wird allerdings an einer Stelle [86]) ähnlich, wie im Schwabenspiegel entschieden: **was dem fih wedderferth zewischen wasser u. crippen, daz ist deme geschen, der is gesatzt had, geschet is abir ussewendig, daz is jeme wedderfarn, des phant is ist.** Allein eine andere, und gerade die der angeführten Stelle des sächs. Landr. entsprechende, Distinction läßt eine Unterscheidung, ob der Zufall das Thier zwischen Krippe und Wasser, oder auswärts betroffen habe, nur zu, insofern sie durch besondere Verabredung begründet ist.

B. IV, 42, 20. **Sterbet eyn phert adder fih bynnen satzunge ane eyns schult, der is under ome had, bewiset her daz, adder tar he sinen eyd darezu tun adder sin recht: he en darf is nicht gelden, he vorluset abir sin geld, do is umbe varstunt; ane wo man ezwuschen crippen unde wasser gelobet.**

Wenn sonach der bei der Benutzung des Pfandes es treffende Zufall noch nicht als ein mit einer Verschuldung gemischter Zufall behandelt wurde, und damit ein Argument der Ansicht, daß der Pfandgläubiger zunächst nur das jus detinendi gehabt habe, wegfällt, so spricht auf der andern Seite der in der obigen Regel enthaltene Satz, daß der Gläubiger durch den zufälligen Untergang des Pfandes seine Forderung verlor, nicht undeutlich für ein eigenthumähnliches Recht desselben.

Albrecht erklärt diesen Satz, indem er von den allgemeinen Regeln über die Gefahr in contractlichen Verhältnissen ausgeht (S. 135), folgendermaßen: „1) derjenige, welcher Kraft eines Vertrags eine fremde Sache besitzt, ist von dem Casus frei, wenn der Vortheil des Vertrags lediglich auf Seiten des Gebers ist, wie z. B. bei dem reinen Depositum. 2) Dagegen trägt er den Casus so, daß er die verlorne Sache vollständig ersetzen muß, wenn er unentgeldlich die Vortheile des Gebrauchs und Genusses derselben hat. — Zwischen den beiden Fällen in der Mitte liegt das Faustpfand; der Gläubiger hat nicht die Vortheile des Gebrauchs und Genusses, aber die Custodia, die er übernimmt, gereicht nicht bloß dem Verpfänder, sondern ihm selbst zum Vortheil, und so läßt das deutsche Recht auch in Bezug auf die Uebernahme der Gefahr einen mittleren Grundsatz eintreten: jeder trägt die Gefahr seines

86) B. III, C. 14, D. 11.

Intereſſes an der Sache, dem Verpfänder geht mit der Sache ſein Eigenthum, dem Gläubiger ſeine Schuldforderung zu Grund."

Ich glaube nicht, daß dieſe Argumentation ſtichhaltig iſt. Damit daß der Pfandgläubiger, anſtatt zum Erſatz der Sache verpflichtet zu ſein, ſeine Forderung verliert, wird er nur anders, nicht gerade milder behandelt, als der, welcher — wie der Commodatar — weil er ausſchließlich Vortheil von dem Vertrag hat, die verlorene Sache erſetzen muß; denn das Pfand kann auch weniger werth ſein, als die Forderung. Wenn aber Albrecht ſagt, daß vermöge der fraglichen Beſtimmung jeder Theil die Gefahr ſeines Intereſſes trage, ſo lenkt er damit auf den richtigen Weg ein; nur iſt dann eben in der Beſtimmung nicht mehr eine Modification jener Regeln über die Gefahr in Contractsverhältniſſen zu ſehen, und behandelt Albrecht als etwas Selbſtverſtändliches, was doch gerade das Auffällige an der Beſtimmung iſt, daß nämlich das Intereſſe des Pfandgläubigers an der Sache nicht, wie bei dem heutigen Pfandrecht, mit der Sicherheit ſeiner Forderung, ſondern mit der Forderung ſelbſt zuſammenfiel. Dieß iſt darauf zurückzuführen, daß bei der Satzung des Sachſenſpiegels der acceſſoriſche Charakter, den das heutige Pfandrecht hat, faſt ganz verſchwindet, daß das Pfandrecht zwar inſoweit ſich noch an die Forderung anlehnt, als das Pfand durch die Zahlung gelöſt werden kann, im Uebrigen aber nicht neben die Forderung, ſondern an ihre Stelle tritt. Eben deshalb ſchließt ſich aber auch die fragliche Beſtimmung nicht an jene beſondern Sätze über die Gefahr in Contractsverhältniſſen an, ſondern an die allgemeine Regel, von welcher dieſe Sätze gerade abweichen, daß der casus keine — poſitiven — rechtlichen Wirkungen hat, ſondern denjenigen auch rechtlich trifft, den er factiſch getroffen hat. Nach dieſer Regel — alſo nach der Analogie des Satzes: casum sentit dominus — verliert der Gläubiger mit dem zufälligen Untergang der Sache ſein Pfandrecht; ſeine Forderung kann er eigentlich nicht verlieren, weil das Pfandrecht an ihre Stelle getreten iſt, er verliert ſie nur, inſofern ſie durch dieſes repräſentirt wird.

Das Eigenthümliche der in Rede ſtehenden Beſtimmung reducirt ſich alſo darauf, daß der acceſſoriſche Charakter des Pfandrechts ganz zurücktritt; und eben dieſe Eigenthümlichkeit zeigt ſich auch in anderer Beziehung. So braucht nach dem Recht des Sachſenſpiegels die Hyperocha dem Schuldner nicht herausgegeben zu werden, und umge-

kehrt ist der Schuldner nicht gehalten, dem Gläubiger, der ein Pfand angenommen hat, den Rest der Forderung, der durch den Kaufpreis und resp. den Werth des Pfandes nicht gedeckt wird, nachzuzahlen. Das was im sächsischen Landrecht von der Herausgabe der Hyperocha und der Deckung des Restes gesagt wird, bezieht sich nur auf das richterliche Pfand [87]). Rücksichtlich des durch Vertrag entstandenen Pfandrechts ist zwar das Gegentheil nicht ausdrücklich bezeugt; indeß muß nach dem verm. Sachsenſp., in welchem sich nähere Bestimmungen finden, das Stillschweigen des sächs. Landr. in diesem Sinn gedeutet werden. Dort wird zunächst gesagt [88]), daß der Gläubiger das freiwillig bestellte Pfand nicht, wie das von dem Richter ihm zuerkannte, vor Gericht aufzubieten habe, sondern nur dem Schuldner es erst anbieten müsse, bevor er anderweit darüber verfüge; und hiermit ist, wenn noch nicht bewiesen, daß ihm das Pfand schlechthin verfiel, doch wenigstens ein Argument beseitigt, welches für das Gegentheil angeführt werden könnte. Wenn es aber weiter heißt: „Wel her denne dy nicht loszen, so thu her sin beste domete“ und an anderm Ort [89]): „— dornoch wende he daz in sinen nuez, unde sy von jeme (dem Schuldner) ledigk unde loz“, so kann mit diesen Worten die Nothwendigkeit einer Distraction, und einer Herausgabe der Hyperocha nicht mehr vereinigt werden, und anderseits wird es auch ausdrücklich als Folge einer besondern Verabredung hingestellt [90]), daß im Fall der Unzulänglichkeit des Pfandes der Schuldner den Rest nachzahlen muß.

Aus diesem Zurücktreten des accessorischen Charakters folgt nun allerdings nicht nothwendig, daß das dingliche Recht des Satzungsgläubigers einen eigenthumähnlichen Inhalt gehabt habe; es konnte wohl auch dann, anstatt neben die Forderung zu treten, ihre Stelle einnehmen, wenn es vorläufig dem Gläubiger nichts als den Besitz der Sache gab. Inzwischen scheint es doch derselben unausgebildeten und dem eigentlichen Zweck eines Pfandrechts noch unvollkommen angepaßten Gestalt des Instituts, vermöge deren mit der Sicherheit zugleich die rechtliche Möglichkeit der Befriedigung an die Sache geknüpft wird, und ihr Mehr- oder Minderwerth nicht in Rechnung kommt, durchaus zu

87) I, 70, §. 2; verm. Sachsenſp. III, 14, 1.
88) B. III, 14. D. 3.
89) B. III, 17, D. 15.
90) A. a. O. 15 u. 16.

entsprechen, wenn auch die Benutzung der Sache von dem Besitz noch nicht abgelöst ist. Dafür spricht jedenfalls die Analogie des Pfandrechts an Immobilien; und anderseits tritt in den Rechtsbüchern, welche bei dem Pfandrecht an fahrender Habe dem Gläubiger die Benutzung der Sache absprechen, auch schon der accessorische Charakter des Rechts mehr hervor [91]).

Die Frage, ob das Eigenthum des Schuldners mit der Bezahlung der Schuld ipso jure wieder erwachte — in welchem Fall das dingliche Recht des Gläubigers, wenn auch eigenthumähnlich und eine lediglich Gewere des Schuldners ausschließend, doch, sofern revocables Eigenthum nicht statuirt wird, kein Eigenthum war — verliert an Wichtigkeit durch den Satz: Hand muß Hand wahren. Indeß wird sie, wie vorläufig zu behaupten ist, hierdurch doch nicht ganz abgeschnitten, und ich trage kein Bedenken, sie zu bejahen. Denn wenn nur eine Pflicht des Gläubigers zur Rückübertragung, also gar keine dingliche Beziehung des Schuldners zu dem Pfande mehr bestände, würde es nicht, wie doch mehrfach geschieht [92]), als „sein Gut" bezeichnet werden; und es darf wohl auch in dieser Hinsicht die Analogie des Pfandrechts an Immobilien geltend gemacht werden.

Was letzteres anbelangt, so ist hier das, was wir für das Pfandrecht an fahrender Habe wahrscheinlich zu machen suchten, anerkannt [93]), daß nämlich der Gläubiger mit dem Besitz die vollständige Benutzung der Sache erhielt. Es ergiebt sich unmittelbar aus Urkunden [94]), mittelbar auch aus Stellen der Rechtsbücher selbst. Dieß aber einmal zugegeben, wird man, wie schon bemerkt, auch nicht in Abrede stellen dürfen, daß nur der Pfandgläubiger eine lediglich Gewere an dem Grundstück hatte; die Analogie der Leibzucht muß soweit entscheidend sein.

Auf der andern Seite findet sich ein ausdrückliches Zeugniß, daß die ältere Satzung von der fiducia des römischen Rechts insofern ab-

---

91) Das bairische Landr. hat den Grundsatz, daß der Gläubiger bei zufälligem Untergang der Sache seine Forderung verliert, ganz beseitigt; der Schwabensp. gesteht ihm wenigstens zu, sich an die Bürgen zu halten. Art. 258 a. E.

92) Z. B. in B. III, 17, D. 12, des verm. Sachsensp.: — so vorluest der jude sine phennighe und der cristen sin gut.

93) Vgl. Albrecht, S. 143.

94) S. Albrecht a. a. O., Kraut, Grundr., §. 139, N. 28 ff.

wich, als das Grundstück mit der Bezahlung der Schuld ipso jure an den Schuldner zurückfiel. In einer Stelle des sächs. Lehnrechts [95]) wird nämlich im Gegensatz zu einem Geschäft, welches der fiducia in dem fraglichen Punkt genau entspricht, — der Uebertragung auf Treue — die Möglichkeit verneint, daß eine Satzung nach Lehnrecht begründet werden könne. Der Grund liegt offenbar darin, daß es zu dem Wesen des Lehens gehörte, für die Lebenszeit des Vasallen bestellt zu werden [96]), daß also die Festsetzung eines frühern Endtermins oder einer Resolutivbedingung wenigstens nicht unmittelbar in das dingliche Verhältniß eingreifen durfte. Bei der Uebertragung auf Treue besteht nur ein obligatorischer Anspruch auf Rückübertragung, und sie kann deshalb lehensweise geschehen. Dagegen ist eine Satzung zu Lehenrecht nicht möglich, weil eben die Wiederruflichkeit hier das dingliche Verhältniß unmittelbar trifft, m. a. W. weil das Eigenthum des Verpfänders ipso jure wieder auflebt.

Uebrigens wird durch die Art, in welcher die angeführte Stelle die Uebertragung auf Treue mit der Satzung zusammenstellt, die Vermuthung erregt, daß dieses Geschäft materiell den gleichen Dienst, wie die Satzung versah [97]); und diese Vermuthung wird durch Urkunden

95) Art. 55, §. 8.

96) S. Lehnr. Art. 78, §. 1.

97) In diesem Sinn wird diese Zusammenstellung auch von der Glosse und der sächs Praxis aufgefaßt. Homeyer (Sachsenssp. II, 2, S. 345) beanstandet diese Auffassung, weil nach §. 1 der Stelle der Lehnsherr den Allodialerben die Lösungssumme nicht zu geben braucht, und will nur eine Leihe auf eigentlichen Wiederkauf, ohne daneben bestehendes Schuldverhältniß angenommen haben, sei es daß ein solches überhaupt nicht bestanden habe, oder das Lehn an Zahlungsstatt gegeben sei.

Gegen dieses Bedenken ist zunächst zu bemerken, daß die Worte: Stirft ok die man ane lenerven, dat gut wert dem herren ledig unde die herre n'is nicht plichtich to gevende jenes erven die losunge des gudes — nicht nothwendig dahin verstanden werden müssen, daß den Allodialerben überhaupt ein Anspruch gegen den Lehnsherrn aberkannt werde. Zunächst liegt darin nur, daß der Lehnsherr die fragliche Summe nicht als Lösung des Gutes zu geben braucht, daß die dingliche Berechtigung, weil für den andern Theil nach Lehnrecht begründet, jetzt, wo die Voraussetzungen des Lehnsverhältnisses wegfallen, ohne Weiteres zu dem Herrn zurückkehrt, mag im Uebrigen eine Forderung bestehen oder nicht.

Allein wenn auch die Stelle davon ausgehen sollte, daß für den Allodialerben jeder Anspruch wegfiel, so widerspricht dieß noch nicht unserer Be-

Urkunden bestätigt [98]). Man wird aber schwerlich irren, wenn man weiter geht, und annimmt, daß die Uebertragung auf Treue — das der fiducia des römischen Rechts genauer entsprechende Geschäft — nicht bloß ausnahmsweise an Stelle einer Verpfändung vorkam, sondern eine der ältern Satzung vorgängige Stufe bildete in der Entwickelung, welche zu der — schon im 14. Jahrhundert [99]) sich vorfindenden — Hypothek des deutschen Rechts, der neueren Satzung, führte. Diese Entwickelung fällt unter einen allgemeinen Gesichtspunkt, unter dem wir sie noch eine kleine Weile betrachten wollen, nämlich unter den Gesichtspunkt eines Fortschrittes der Rechtsanschauung, vermöge dessen die Bestellung eventueller dinglicher Rechte möglich wurde.

---

hauptung. Wie erörtert wurde, wird bei der Satzung selbst noch die Forderung in gewissem Sinn durch das dingliche Recht ersetzt, anstatt neben ihm fortzubestehen. Wenn nun in unserm Fall nach der Beendigung des Lehnsverhältnisses durch den Abgang lehnsfähiger Erben von einer Forderung nicht weiter die Rede war, so würde dieß dem oben erwähnten Satz entsprechen, daß bei zufälligem Untergang des Pfandes auch die in der Satzung aufgegangene Forderung wegfiel. Die Verleihung auf Treue würde damit nicht wesentlich anders von einem eigentlichen Pfandrecht abweichen, als die Satzung selbst. — Zwischen einer in solutum datio des Gutes, bei welcher der Rückkauf mit dem Betrag der bezahlten Schuld vorbehalten wurde, und einer Hingabe des Gutes zu unterscheiden, bei welcher man eine Lösung durch Bezahlung der Schuld sich vorbehielt, hat überhaupt bei der Frage, ob das Geschäft materiell die Bedeutung eines Pfandrechtes hatte, kein Interesse.

98) Dipl. a. 1044, bei Schannat, hist. Worm. Cod. prob. p. 54: Wormatiensis ecclesiae episcopus — 20 libras puri auri nobis donavit; e contra vero nos eidem — quoddam praedium — in proprium tradidimus — ea videlicet ratione, ut libere et potestative in proprietatem habeat, nec aliquis ex eo quidquam praesumat auferre, nisi ego, — vel heres meus — 20 libras boni auri persolvat. Von den zahlreichen Urkunden, welche von einer Verpfändung handeln, vermöge deren der Gläubiger Vasall des Schuldners wird, ist jedenfalls ein Theil auf die Uebertragung auf Treue zu beziehen, wenn schon späterhin mit Hintansetzung des Satzes, daß das Lehen ein Recht auf Lebenszeit sein müsse, auch eine Satzung zu Lehen zugelassen wurde. Vgl. Homeyer a. a. O., S. 347 ff.; Kraut, Grundr. §. 236, 6—9.

99) Z. B. in dem bair. Landr. v. 1346, Cap. 222: Wer dem andern phant antwurt daz acgen oder lehen is, und das phant dannoch in seiner gewalt bleibt, und das er jenem, dem er es gesetzt hat, ze hant nicht untertänig macht, — do sol er im Brief über geben mit seinem insigel — und mit gerichts insigel.

Es iſt oben das deutſche Recht dem römiſchen mit der Bemerkung gegenüber geſtellt worden, daß es in erſterem von vorn herein eine revocable Herrſchaft gegeben habe, und die Kehrſeite dieſer Bemerkung iſt allerdings, daß es auch von vorn herein feſte eventuelle Rechte gab, welche dieſer revocablen Herrſchaft correſpondirten. Allein damit iſt nicht geſagt, daß auch von Anfang an ein klares Bewußtſein ihres juriſtiſchen Weſens vorhanden war. Der Gedanke eines Rechts, das ſoweit begründet iſt, um ipso jure entſtehen zu können, und doch für jetzt noch nicht beſteht, indem es durch ein anderes, gegenwärtiges, Recht von gleichem Inhalt noch ausgeſchloſſen wird, iſt eine für die ungebildete Rechtsanſchauung keineswegs leichte Abſtraction.

Bei derjenigen Art eventueller Herrſchaft, die ſchon in der älteſten Zeit beſtand, dem Recht des geſetzlichen Erben an dem angeſtammten Gut, machte ſich die Nothwendigkeit einer ſolchen Abſtraction noch nicht geltend. Die ſichtbare thatſächliche Beziehung, in der die Familienglieder auch vor der wirklichen Entſtehung ihres Rechts zu dem Gute ſtanden, ließ es geſchehen, daß man bei der dunkeln Vorſtellung einer Geſammtberechtigung ſtehen blieb. Ebenſo trat ſie zurück bei dem eventuellen Recht des Herrn am Lehen, und am Zinsgut, indem die Herrſchaft des Vaſallen und Zinsmannes, welche die des Herrn zu einer eventuellen macht, erſt mit der Zeit von einer factiſchen zu einer rechtlichen erſtarkte.

Es liegt daher kein Widerſpruch darin, daß dieſe Verhältniſſe beſtanden, und gleichwohl der auch ihnen inne wohnende allgemeine Charakter das Hinderniß bildete, wenn in andern Beziehungen eine Begründung eventueller Rechte anfänglich unſtatthaft war, und erſt in Folge einer allmählichen Rechtsentwickelung zugelaſſen wurde. So bei den Erbverträgen, der Eventualbelehnung (dem Gedinge), und der Verpfändung.

Ohne Zweifel iſt der Grund dieſer Unſtatthaftigkeit eventueller Rechte — rückſichtlich der Grundſtücke wenigſtens für die älteſte Zeit — mit darin zu ſuchen, daß die Form für Beſtellung eines dinglichen Rechts die Beſitzesübergabe war, und ebenſo kommen bei den einzelnen Geſchäften noch beſondere Gründe [100]), materieller Art, in Betracht.

---

100) So iſt, wenn die Begründung eines eventuellen Rechts durch Erbvertrag unſtatthaft war, ein weſentlicher Grund gewiß darin zu ſehen, daß

Allein dergleichen besondere Gründe lassen sich wenigstens nicht für alle genannten Geschäfte auffinden, und anderseits kann es nicht für etwas Zufälliges gehalten werden, wenn dieselbe Erscheinung zugleich auf mehreren Punkten sichtbar ist. Was aber die Besitzesübergabe anbelangt, so zeigt sich diese Erscheinung auch noch in der Zeit, wo an die Stelle jener bereits die Auflassung getreten war [101]). Ich zweifle daher nicht, daß in der Schwierigkeit, die Concurrenz eines gegenwärtigen Rechts und eines eventuellen, das ipso jure aufleben wird, juristisch zurecht zu legen, ein allgemeiner Erklärungsgrund zu suchen ist. Um so weniger, als das ältere römische Recht in der fiducia eine überzeugende Analogie darbietet. Bestände das Hinderniß bloß in der Besitzesübergabe, so hätte einer Hypothek nichts im Wege gestanden; mancipatio und in jure cessio standen für sie, wie für die fiducia, zu Gebot. Wenn gleichwohl nur eine sofortige Uebertragung des Eigenthums vorkam, so kann dieß nur daraus erklärt werden, daß der abstracte Charakter eines bloß eventuellen Rechts an und für sich der noch ungebildeten Rechtsanschauung widerstand.

Um auf die genannten Geschäfte näher einzugehen, so gab die Eventualbelehnung — das Gedinge — zwar nach dem Sachsenspiegel bereits eine Gewere [102]), es fand aber wenigstens noch keine Folge und Vererbung statt. Der Erfolg einer Vergabung von Todeswegen konnte

---

man überhaupt noch an der Ausschließlichkeit der gesetzlichen Erbfolge festhielt, indem man eine freie Verfügung zum Nachtheil der gesetzlichen Erben nur dann zuließ, wenn der Verfügende dem Genuß der Sache, die er den Erben entzog, selbst zu entsagen vermochte (vgl. Albrecht, S. 202). Dieser materielle Gesichtspunkt reicht aber nicht überall aus. — Ebenso wird rücksichtlich der bei dem Gedinge fehlenden Folge und Vererbung von Gerber (Zeitschrift f. Civilr. u. Pr. XI, S. 17) mit Recht bemerkt, daß die Erblichkeit der Lehen eine dem hergebrachten Besitzstand gemachte Concession war. Allein es bleibt die Frage übrig, warum die Einschränkung der Erblichkeit nur das Gedinge, nicht überhaupt das neubegründete Lehen betraf. — Hinsichtlich des Pfandrechtes ist jedenfalls der oben angegebene Gesichtspunkt allein maßgebend.

101) Doch kann man als ein Zeichen, daß die Form der Besitzesübergabe wenigstens mit in Betracht kommt, geltend machen, daß an Immobilien ein eventuelles Recht durch Erbvertrag schon begründet werden konnte, als hinsichtlich der Mobilien noch eine sofortige Entäußerung stattfinden mußte.

102) Darüber, daß sie früher überhaupt noch kein festes Recht gab, s. Zöpfl, Rechtsgesch. II, §. 53, Anm. 23, §. 121, IX.

im älteſten Recht nur durch ſofortige Uebertragung des Gutes hergeſtellt werden [103]); daß der Vergabende die Benutzung desſelben bis an ſeinen Tod behielt, war nur als ein factiſches Verhältniß denkbar. Späterhin wurde es üblich, daß das geſchenkte Gut dem Vergabenden zur lebenslänglichen Benutzung wieder rückübertragen wurde — ein Geſchäft, von dem ſich in den Formelſammlungen zahlreiche Beiſpiele finden [104]). Eher, als die unmittelbare Beſtellung des eventuellen Rechts aufkam, verſtand man ſich alſo dazu, die Reſervirung eines ſolchen zuzulaſſen, während anderſeits, um den Inconvenienzen einer ſofortigen Uebertragung zu begegnen, auch das Inſtitut der Treuhänder benutzt wurde [105]).

Nach den Rechtsbüchern iſt es — wenigſtens bei Grundſtücken — bereits zuläſſig, daß der Vergabende das künftige Recht des Bedachten unmittelbar beſtellt [106]), alſo umgekehrt die lebenslängliche Benutzung ſich reſervirt. Doch iſt es beachtenswerth, wenn es der Schwabenſpiegel [107]) noch als eine beſonders ſichere Form der Beſtellung empfiehlt, dem Vertragserben einen Zins auszuſetzen, ſo daß der Vergabende gleichſam in das Verhältniß eines Hinterſaſſen zum Gutsherrn tritt. Ebenſo diente vielfach die Fiction einer Geſammtberechtigung deſſen, der das Gut fürerſt noch benutzen, und deſſen, der es nach ihm haben

---

103) Unter Einfluß des römiſchen Rechts laſſen es freilich mehrere Volksrechte, wie die L. Burgund. (t. 60) und die Lg. Longob. (L. Rothar. 173) zu, daß ein Recht auf den Todesfall beſtellt wird. Soweit aber das röm. Recht nicht eingedrungen iſt, iſt die Vergabung ein ſofortiges Aufgeben alles Rechts, wie namentlich in der L. Sal., 46, der L. Ripuar., 48, und der L. Alemann., tit. l. Auch der Umſtand, daß das lebenslängliche Recht, welches ſpäterhin der Vergabende behalten konnte, als precaria bezeichnet wird, deutet darauf hin, daß eine weitere Benutzung des Guts durch den Vergabenden anfänglich nur als ein factiſches Verhältniß ſtatt haben konnte. Ebenſo mag die Parömie: „Donner et retenir ne vaut", wenn ſchon ſie ſpäterhin nur auf die Unwiederruflichkeit der Schenkung und die zu ihrer Perfection nöthige Form geht, früher die Bedeutung gehabt haben, daß der Schenker ſich alles Rechts an der Sache ſofort entäußern mußte. Vgl. Warnkönig, Franzöſ. Rechtsgeſch. II, §. 236, 4.

104) Marc. farm. II, 5, 40, 41; append. 27, 28, 41, 42; form. Lindenbr. 19, 20, 22—27.

105) S. Beſeler, Erbverträge, S. 278.

106) Sächſ. Landr. II, 30; Schwabenſp. c. 22. Rückſichtlich des Erbvertrags über Mobilien ſ. Albrecht, §. 20.

107) A. a. O. §. 2.

ſollte, zur Vermittelung des neueren Rechts [108]), wie denn auch die dem Gedinge abgehende Folge und Vererbung durch eine Geſammtbelehnung herbeigeführt wurde [109]).

Was das Pfandrecht anbelangt, ſo wird man die vorhin wahrſcheinlich gemachte Behauptung nicht mehr bezweifeln, daß es, bevor die Satzung üblich wurde, eine Zeit gab, in welcher eine Sicherheit des Gläubigers nur durch die der fiducia entſprechende ſofortige Uebertragung auf Treue bewirkt werden konnte. Die ältere Satzung ſelbſt, bei welcher das Eigenthum des Schuldners ipso jure wieder auflebte, entſpricht darin, daß ein eventuelles Recht — als ſolches — durch Reſervation entſtehen konnte, ſchon der zweiten Stufe in der Entwickelung der Vergabung. Jedoch nur unvollkommen, weil im Uebrigen das Verhältniß gerade umgekehrt iſt. Anſtatt daß der Gläubiger die Sache ſofort zurückübertrügt, und ſich dabei ein eventuelles Recht vorbehält, welches für den Fall, daß die fällige Schuld nicht bezahlt wird, ipso jure aufleben ſoll, findet nur eine einmalige Uebertragung der Sache ſtatt, und behält ſich der Schuldner ein eventuelles Recht für den Fall der Zahlung vor. In dieſer Hinſicht iſt eine Mittelſtufe zwiſchen der Uebertragung auf Treue und der Hypothek des deutſchen Rechts — der neueren Satzung — eher in einem andern Inſtitut zu ſehen, welches freilich nicht ausſchließlich unter dieſem Geſichtspunkt betrachtet werden darf, dem Rentenkauf. Näher wird von dieſem Geſchäft erſt im folgenden § die Rede ſein; wir dürfen indeſſen vorläufig davon ausgehen, daß es die praktiſche Bedeutung eines zinsbaren und gegen Realſicherheit gegebenen Darlehens hatte. Was nun dieſe Realſicherheit betrifft, ſo ſteht der Rentenkauf nach der einen Art, auf welche er eingegangen wurde, allerdings mit der Hypothek darin ſchon auf gleicher Linie, daß das eventuelle Recht des Rentengläubigers, auf das Grundſtück zu greifen, unmittelbar begründet wurde. Allein er bildete wenigſtens inſofern eine bloße Vorſtufe zu jener, als man ſich die Analyſe des zu Grunde liegenden Gedankens hierbei durch eine Nachahmung des gutsherrlichen Verhältniſſes erſparte. Auf der andern Seite aber kam es anfänglich auch häufig vor, daß der Rentenverkäufer das Grundſtück, welches der Sicherheit des Käufers dienen ſollte, ihm erſt

108) Insbeſondere bei einer gegenſeitigen Vergabung. S. Beſeler, I, S. 84; Eichhorn St. u. R. G. §. 465, N. g.

109) S. Homeyer, Sachſenſp. II, 2, S. 467; Albrecht, Anm. 485, b.

übertrug, und dieſer es unter Vorbehalt ſeines eventuellen Rechts zurück übertrug. Die Analogie, welche in der Geſchichte der Vergabung und der des Pfandrechts zu bemerken iſt, wird damit vervollſtändigt.

So viel von der Eigenthümlichkeit der früheren Rechtsanſchauung, einer Anerkennung eventueller Rechte zu widerſtreben.

Die Rechtsbücher zeigen von den praktiſchen Folgen, welche jene Eigenthümlichkeit hatte, noch Ueberreſte, namentlich in der Satzung, und der beſchränkten Wirkſamkeit der Eventualbelehnung; theoretiſch iſt ſie jedenfalls überwunden, und der Ausdruck „ledigliche Gewere", als Bezeichnung eines gegenwärtigen dinglichen Rechts im Gegenſatz zu einem eventuellen, das ipso jure entſtehen wird, kann für ein Merkmal des neugewonnenen Standpunktes gelten. Dieſer Standpunkt iſt aber nicht bloß ein Fortſchritt in Vergleich mit der früheren Rechtsanſchauung, welche von den zwei mit gleichem Inhalt concurrirenden Herrſchafts-verhältniſſen das eine nur als ein factiſches beſtehen ließ, oder anderſeits bei dem Gedanken einer Geſammtberechtigung ſtehen blieb; er iſt auch feſtzuhalten gegenüber der ſpätern Doctrin, welche in einigen der hieher zu ziehenden Fälle ein dominium directum und utile annimmt, oder Rechte, die ihrer Qualität nach dem Eigenthum gleich ſind, als bloße jura in re aliena behandelt.

§. 9.

Gab es eine Gewere an Obligationen?

Zu den angeblichen Eigenthümlichkeiten der Rechtsbücher, welche der Construction eines Gewereſyſtems entgegenſtehen ſollen, gehört auch die Ununterſchiedenheit dinglicher und perſönlicher Rechte [110]), und was in dieſer Beziehung die ſpätere Doctrin Unklares, oder die Rechtsproduction Zweideutiges geliefert hat, iſt regelmäßig auf die Rechnung der Gewere geſchrieben worden.

Wenn wir im Folgenden näher auf dieſen Punkt eingehen, ſo müſſen wir auseinanderhalten gewiſſe Verhältniſſe, die im Corpus juris allerdings als rein obligatoriſche hingeſtellt, aber gleichwohl, da der Berechtigte vermöge des Vertrags mit eignem Intereſſe in eine unmittelbare Beziehung zur Sache tritt, nach unſrer Meinung fähig ſind, als dingliche behandelt zu werden, und gewiſſe andere Verhältniſſe, in welchen — wenn auch ein dingliches Element hinzutreten mag — doch die hier in Frage kommende Berechtigung in der That auf eine Handlung gerichtet iſt, insbeſondere die Reallaſten. In Betreff der erſteren (Commodat, locatio conductio) haben wir unſere Anſicht ſchon oben (S. 62 ff.) ausgeführt. Wie dort ausgeſprochen wurde, darf man — wenn die Frage vom Standpunkt der Politik des Privatrechts auch verſchieden beantwortet werden mag — doch keinenfalls etwas Irrationelles darin ſehen, wenn ſie mit einer dinglichen Klage ausgeſtattet werden. Auch kann die Behandlung, welche dieſe Verhältniſſe im Corpus juris erfahren, ihre dingliche Natur nicht völlig zerſtören. Sie behaupten

110) S. z. B. Gerber, d. Privatr. §. 73.

sich vielmehr neben den als dinglich anerkannten Rechten in ähnlicher Weise, wie neben der obligatio civilis sich die naturalis obligatio als Rechtsverhältniß behauptet; und es kann hiernach auch kein Widerspruch darin gefunden werden, wenn in neueren Gesetzbüchern die petitorischen Klagen versagt, die Besitzesklagen dagegen zugestanden sind.

Nachdem wir diese Punkte schon oben vertheidigt haben, bleibt uns an diesem Ort nur übrig zuzusehen, wie weit unsere Behauptungen auf die Rechtsbücher Anwendung erleiden, und ob diese in Ertheilung eines dinglichen Charakters nicht über die dort angegebenen Gränzen hinausgehen.

Der römischen Eintheilung der hieher gehörigen Verhältnisse in Commodat und locatio conductio substituiren wir hierbei die Unterscheidung der — entgeldlichen oder unentgeldlichen — Leihe von Mobilien einerseits, der Pacht und Miethe von unbeweglichen Sachen anderseits, und wir fragen zunächst nach den Folgen des ersteren Geschäfts.

Daß dem Entlehner eine dingliche Klage zustand, ist nach vielbesprochenen Quellenzeugnissen außer Zweifel, und es bestand hierbei nur die Voraussetzung, daß zu dem Vertrag auch die Besitzesübergabe hinzugekommen war. Die desfallsigen Entscheidungen der Quellen sind jedoch die nämlichen, auf welche auch der Satz: „Hand muß Hand wahren", zurückgeführt wird, und das an und für sich einfache Verhältniß, daß das seinem materiellen Gehalt nach dingliche Recht des Entlehners auch formell als solches behandelt wird, erhält durch diese Regel einen fremdartigen Zusatz. Wir werden die letztere erst späterhin genauer betrachten, und schieben damit auch die vollständige Beantwortung der hier aufgeworfenen Frage auf. Indeß sind hier wenigstens einige Andeutungen zu geben.

Das durch die Parömie: „Hand muß Hand wahren", bezeichnete Institut hat zwei wesentlich verschiedene Bestandtheile. Der eine ist materieller Natur, und geht darauf, daß der, welcher eine bewegliche Sache freiwillig aus den Händen giebt, die von dem Empfänger vorgenommene Veräußerung nicht anfechten kann. Er bestimmt also, inwiefern das Eigenthum, oder — um dieß noch dahin zu stellen — der sichere Besitz einer beweglichen Sache, ohne Einwilligung des bisherigen Eigenthümers erworben werden könne, und berührt die jetzige Frage nicht mehr, als ihn die Bestimmung berühren würde, daß eine vom Entlehner veräußerte Sache ersessen werden könne.

Der andere Bestandtheil dagegen ist mehr formeller Natur, und ist darauf gerichtet, daß die Wiedererlangung der in dritte Hände gekommenen Sache durch den, welchem sie der Eigenthümer in Besitz gab, vermittelt werden muß. Durch diese Bestimmung wird denn dem Entlehner ein Klagerecht gegeben, welches viel weiter reicht, als die ihm materiell zustehende dingliche Berechtigung, und in dieser Hinsicht, sowie damit, daß auch dem Depositar die dingliche Klage gegeben wird, liefert das deutsche Recht das Widerspiel der Erscheinung, der wir in den gleichen Fällen im römischen Recht begegnen. Das römische Recht versagt, um eine gewisse Stetigkeit der dinglichen Berechtigung zu erhalten, dem Commodatar und Miether die dingliche Klage auch insoweit, als das materielle Recht dieser Personen sie erheischt, so daß sie die ihnen entzogene Sache nur vermittelst ihrer Forderung gegen den Verleiher wieder erlangen können; das deutsche Recht geht in der Ertheilung des formellen Rechts nach der entgegengesetzten Richtung über das materielle Verhältniß hinaus, indem der Eigenthümer die Sache nur durch Vermittelung des Entlehners wieder an sich bringen kann. Der Grund dieser Erscheinung wird später, in §. 12, erörtert werden. Hier bleibt nur hervorzuheben, daß die Berechtigung des Entlehners an der Sache durch den Satz: „Hand muß Hand wahren" nur einen Zusatz erhält; daß ein schon bestehendes dingliches Klagerecht desselben, gerade wie das Klagerecht des Satzungsgläubigers, durch jenen Satz nur erweitert wird. Diese Unterscheidung hat freilich einen bloß theoretischen Werth. Daß sie zu machen ist, beweist jedoch die Analogie des Immobiliarsachenrechts.

Denn auch dem Pächter und dem Miether einer unbeweglichen Sache stand ein dingliches Recht zu, wie insbesondere eine bekannte Stelle des verm. Sachsenſp. und das schon oben angeführte Cap. 7 des Richtst., B. II, zeigt.

Verm. Sachsenſp. II, 4, 10. **Had eyn man sin hus adder sin eygen vormid unde vorkauft daz sint der zeith: der daz gemit had, der had sin ingedinge. Wulde ón der abetribe, der is gekauft hette, des en sal nicht sin — — Der is denne gekauft hette, der behalde sin eygen, ob her wel, unde warte sines zcinses** [111]).

111) Vgl. Goslar. Stat. (Leibn.) 492, 15; 493, 41; Pölmann. Dist. II, 7, 4; Eisen. Rechtsb. III, 31.

Richtst. Landr. a. a. O. **Item als du fragest, du habest gut in deinem lediglichen weren, das habest du vermeygeret, und habest in nutz, und sey dir geantwortet vor gericht fur benempte phenninge — —**

Bezüglich des Wortes „vermeygeret“ wird bei Senckenberg richtig übersetzt: „quod possideas praedium tanquam conductor“, wie sich insbesondere daraus ergiebt, daß später „gemietet“ gleichbedeutend gebraucht ist. Daß aber dem, der das Gut „vermeygeret“ hat, ein dingliches Recht zugeschrieben wird, folgt aus dem, was wir im vorigen § über den Ausdruck „ledigliche gewere“ aufgestellt haben.

In dem Fall, von welchem diese Stelle ausgeht, ist übrigens das Rechtsverhältniß vor Gericht begründet („**und sey dir geantwortet vor gericht**“), was zu der Annahme führen könnte, daß die Gränze der Dinglichkeit, wie bei Mobilien mit der Besitzesübergabe, so bei Grundstücken mit der gerichtlichen Auflassung gegeben sei. Allein es fehlt an einem weitern Anhalt, diese Annahme zu rechtfertigen. Die angeführte Stelle des verm. Sachsenſp. spricht schlechthin davon, daß das Haus vermiethet worden sei; man müßte also annehmen, daß der Miethvertrag an und für sich einen gerichtlichen Act erfordert habe, was nicht angeht.

Eher möchte man vermuthen, daß auch hier der zu dem Vertrag hinzukommende Besitz die Dinglichkeit des Rechts bewirkt habe. Denn in dem Fall, welchen der Verfasser des Rechtsbuches vor Augen hat — aber auch, als den natürlichen, vor Augen haben mußte, wenngleich er nicht an den Besitz als nothwendiges Erforderniß dachte — hat allerdings der Miether das Haus schon inne („**wulde in der abetribe**“). Indeß spricht eine andere Stelle desselben Capitels dagegen, in welcher die gleiche Frage mit Bezug auf die Concurrenz zweier Miether entschieden wird.

A. a. O. 10. **Haben mer lute eyn husz gemith wen eyner, wer dy irsten mitunge bewisen magk, der behilt sy, unde der andere muste abetreten.**

Hier weist nichts darauf hin, daß die Besitzesübergabe vorausgesetzt würde. Es kommt lediglich auf die Worte an: „**wer dy irsten mitunge bewisen magk**“; und sollten diese in solchem Sinn ausgelegt werden, so müßte nicht bloß zu dem Miethvertrag an und für sich die Besitzesübergabe gehören, sondern es würde auch ein Widerspruch in der Stelle liegen. Denn ohne Umstände ganz besonderer Art vorauszusetzen,

konnte der Verfaſſer nicht davon ausgehen, daß beiden Theilen tradirt worden ſei. Er würde alſo unter mitunge die miethweiſe Uebergabe des Hauſes verſtehen, nachdem er erſt durch das gleiche Wort den bloßen Conſens über das Miethverhältniß bezeichnet hätte.

So viel von den Rechten, deren Bekleidung mit dem Charakter einer Gewere damit zu rechtfertigen iſt, daß ſie in der That fähig ſind, als dingliche behandelt zu werden. Eine andere Bedeutung hat es, wenn dem Reallaſtberechtigten eine Gewere zugeſchrieben wird, indem es hier auf eine Scheidung verſchiedner Elemente ankommt, aus denen das Verhältniß zuſammengeſetzt iſt.

Nachdem die rechtliche Natur der Reallaſten ſchon ſo vielfach erörtert worden iſt, begnügen wir uns, unſre Anſicht in aller Kürze auszuſprechen, ohne uns auf eine — nach vielen Seiten hin ſich darbietende — Polemik einzulaſſen. Wir halten dafür, daß die heutigen Reallaſten ihrem Weſen nach Obligationen ſind, von der Art, daß das verpflichtete Subject durch den Beſitz eines Grundſtückes beſtimmt wird. Allein wir treten keineswegs der Meinung bei, als wenn mit dieſer Charakteriſtik der Reallaſten ſchon die Frage entſchieden ſei, ob wegen der vom frühern Beſitzer herrührenden Rückſtände der jetzige Beſitzer in Anſpruch genommen werden könne. Wie wir einerſeits geltend machen müſſen, daß in dieſer Beziehung die Verſchiedenheit der partikulären Beſtimmungen, und der einzelnen Arten der Reallaſt, die Aufſtellung einer Schablone verbietet, und daß eine derartige Conſtruction des Verhältniſſes nicht von den dieſer Verſchiedenheit entſprechenden Specialunterſuchungen dispenſiren kann, ſo ſehen wir anderſeits nicht ab, warum mit jenem ſyſtematiſchen Geſichtspunkt die Bejahung der Frage unverträglich ſein ſollte [112]). So gut, wie der Beſitz zu der während ſeiner Dauer verfallenden Leiſtung verpflichten kann, kann er doch auch der Grund ſein, daß die ſchon verfallene Obligation auf den Beſitzer übergeht, daß alſo die ganze Summe zuſammenhängender Obligationen an den Beſitz ſich heftet; und der Gegenſtand des Rechts beſteht darum nicht weniger in einem Thun des in Anſpruch zu nehmenden Subjects, weil die Leiſtung eine rückſtändige iſt. Ebenſo iſt in anderer Hinſicht zu berückſichtigen, daß, wenngleich jene Radicirung der Obligation, ver-

112) Wie z. B. Renaud, Reallaſten, S. 83, u. Gerber, D. Privatrecht, §. 170, annehmen.

möge deren jeder Besitzer des Grundstücks verpflichtet wird, das Verhältniß nicht zu einem dinglichen macht, doch nichts im Wege steht, daß ein dingliches Recht, ein Pfandrecht an dem Grundstück, zu der Radicirung hinzukommt. Dieß ist oftmals der Fall [113]), und eine sehr erklärliche Erscheinung, weil die Radicirung der Obligation nach ihrer materiellen Bedeutung unter den Gesichtspunkt eines Pfandrechts fällt, und darum ein sehr leichter Uebergang von dem Einen zum Andern gegeben ist.

Wenn auf diese Weise auch h. z. T. neben der radicirten Obligation noch ein jus in re in Frage kommen kann, so wird jedenfalls mit Recht behauptet, daß zur Zeit der Rechtsbücher ein solches bestand, und sogar in den Vordergrund trat, wie man auch mit Recht bei der Betrachtung des Instituts von dem gutsherrlichen Verhältniß als dem Muster ausgeht [114]), und in dem Rentenkauf eine Nachbildung desselben erblickt.

Was der Anerkennung dieses letzteren Umstandes, oder doch einer ersprießlichen Verfolgung des Gedankens entgegensteht, ist hauptsächlich die unrichtige Auffassung des dem Gutsherrn zustehenden dinglichen Rechts, wie sie der herrschenden Doctrin eigen ist. Indem man von einem Obereigenthum, oder schlechtweg von einem Eigenthum des Gutsherrn als einem gegenwärtigen Recht ausgeht, und doch ein Eigenthum des Rentenkäufers nicht zugeben kann, stößt man auf einen wesentlichen Unterschied beider Verhältnisse, während Albrecht, der zuerst jene Analogie geltend machte (S. 158), sie gerade dazu benutzt, eine gegenwärtige Gewere der Rentenkäufer, an dem belasteten Grundstück darzuthun. Jene Bedenken gegen die Analogie der beiden Verhältnisse, wie diese Benutzung derselben, sind nach unsrer Ansicht zurück zu weisen. Denn das Recht des Gutsherrn war, wie oben besprochen wurde, sobald einmal das Verhältniß des Zinsmannes zum Gut aus einem factischen zu einem rechtlichen erstarkt war, keine gegenwärtige — lediglich — sondern eine eventuelle Gewere, und die gegen den säumigen Zinsmann ihm zustehende Expulsionsbefugniß, als welche in der hieher gehörigen Beziehung seine eventuelle Gewere sich darstellt, hatte die Function eines Pfandrechts. Nur insofern hatte, wie schon angeführt, der Gutsherr ein gegenwärtiges Recht an der Sache, als die Gewere des Zins-

113) S. z. B. Zürcher Gesetzb. §. 777.
114) Albrecht, S. 158.

mannes vor dem Landgericht noch nicht anerkannt war, und es muß gegenüber der Behauptung Albrecht's so viel zugegeben werden, daß diese Zweideutigkeit des gutsherrlichen Rechts anfänglich auf das ihm nachgebildete Recht des Rentenkäufers übertragen wurde.

Die Nachbildung des gutsherrlichen Verhältnisses bei einem Geschäft, das die praktische Bedeutung eines zinsbaren und gegen Realsicherheit gegebenen Darlehns hatte, ist auf einen doppelten Grund zurückzuführen. Der Rentenkauf vertrat einmal die Stelle eines zinsbaren Darlehns, und in dieser Beziehung lehnte er sich an das gutsherrliche Verhältniß an, weil man sich die Productivität des Capitals noch ausschließlich als eine Productivität des Grund und Bodens vorstellte. Der Rentenkauf vertrat anderseits die Stelle eines mit Realsicherheit versehenen Darlehns, und in dieser Hinsicht müssen wir auf das zurückkommen, was zu Ende des vorigen Capitels über die Constituirung eventueller Rechte gesagt wurde. Er wurde dort schon darauf hingewiesen, daß der Rentenkauf gewissermaßen die Uebergangsstufe von der älteren Satzung zu der neueren — der Hypothek — bildet.

Wenn dieser Uebergang zu einer bloß eventuellen Berechtigung, wie sie die größere Brauchbarkeit eines Pfandrechtes erfordert, durch eine Nachbildung des gutsherrlichen Rechts bewerkstelligt wurde, so erklärt sich dieß einmal damit, daß es leichter war, ein schon bestehendes Verhältniß zu copiren, als den darin liegenden Gedanken zu verallgemeinern. Es ist aber auch nicht zu übersehen, daß das Recht des Gutsherrn auf dem Standpunkt des Landrechts noch gar nicht als ein eventuelles, sondern als ein gegenwärtiges Recht erschien, und daß dieser Umstand, vermöge einer Fiction auf das Recht des Rentenkäufers übertragen, ebenfalls dazu dienen mußte, eine Analyse des Verhältnisses zu ersparen. Die oben gemachte Bemerkung, daß jene Zweideutigkeit des gutsherrlichen Rechts auf das ihm nachgebildete des Rentenkäufers übertragen wurde, ist also dahin zu ergänzen, daß sie in gewissem Maß sogar dazu beitrug, diese Nachbildung hervorzurufen.

Dieß zeigt sich in einer schon oben citirten Stelle des Schwabenspiegels.

§. 22. Ist daz ein man sinem friunde gut schaffen wil nach sinem tode, wil er im daz sicher machen — — er sol fur sinen richter varn, oder fur sinen herrn, und sol sine geziuge ziehen, und ander die dabi sint gewesen, und wil aber er imz gar stete

machen, so setze im einen zins daruz, damit hat er die gewer, und mac daz gut mit rehte nit verliesen.

Das Erbrecht, von deſſen Conſtituirung die Stelle handelt, kann noch den zu Anfang ſtehenden Worten ohne Weiteres durch gerichtliche Auflaſſung beſtellt werden. Als eine beſonders ſichere Form wird aber die Ausſetzung eines Zinſes empfohlen, ohne Zweifel, indem damit der Erblaſſer zu dem Erben gleichſam in das Verhältniß eines Hinterſaſſen zum Gutsherrn treten ſollte; und als eine Wirkung dieſer Form wird hervorgehoben, daß der Erbe eine Gewere erhalte. Da nun das ohne dieſe Form, durch gerichtliche Auflaſſung, beſtellte Recht derſelben jedenfalls auch eine Gewere war, ſo muß unter der Gewere, welche durch Ausſetzung eines Zinſes dem Erben verſchafft werden ſoll, eine ledigliche Gewere verſtanden werden, obwohl hier beide Gewereu, die des Rentenſchuldners und des Rentengläubigers, in das Gebiet des Landrechts fielen. Auf der andern Seite darf aber hierin nichts Anderes geſehen werden, als eine Fiction, die nicht weiter reichte, als ihr Zweck, die Rechtsbeſtändigkeit des ſo beſtellten eventuellen Rechts zu rechtfertigen, und deren Beibehaltung einem Standpunkt angehört, welchen nach unſern Ausführungen im vorigen § die Rechtsbücher ſonſt überwunden haben [115]).

Inſofern das Recht an dem Grundſtück, welches die Zinsforderung ſicherte, ein bloß eventuelles Recht war, ſtand es einer Hypothek gleich; es kam aber darin der älteren Satzung näher, daß, wie bei dieſer, der acceſſoriſche Charakter, den die Hypothek hat, fehlte. Denn es war nicht ein bloßes Veräußerungsrecht, ſondern — dasjenige des Rentenkäufers ebenſo, wie dasjenige des Gutsherrn — ein Expulſionsrecht, bei welchem die Herausgabe einer Hyperocha nicht in Frage kam.

Ob dieſes Expulſionsrecht die Radicirung der Obligation, vermöge deren der jedesmalige Beſitzer unmittelbar verpflichtet wird, erſetzte, oder zu ihr hinzukam, iſt eine Frage, deren Beantwortung durch das Intereſſe, welches wir hier an der Reallaſt nehmen, nicht

115) Uebrigens nimmt der Schwabenſpiegel, wie ſpäterhin von uns zugegeben wird, eine Gewere am Zins ſelber an, und floß dieſe Zinsgewere mit der am Gute zuſammen. Die Annahme eines gegenwärtigen, lediglichen, Rechts des Erben am Gut, welches durch die Ausſetzung eines Zinſes begründet werden ſoll, kann daher auch auf dieſer Vermengung der Zinsgewere und des Rechtes am Gut beruhen. Nur mußte hinwiederum die Zweideutigkeit des gutsherrlichen Verhältniſſes auch zu dieſer Vermengung beitragen.

geboten wird. Denn es kommt für uns nur darauf an, daß überhaupt neben der Forderung ein Recht an der Sache selbst bestand, und daß dieses, nicht aber die Zinsforderung, unter der Gewere des Zinsberechtigten, welche zuzugeben ist, zu verstehen sei. In Verbindung mit dem für den Zinsmann bestehenden Veräußerungsverbot — und auch in Bezug auf dieses wurde ja anfänglich das gutsherrliche Verhältniß bei dem Rentenkauf nachgeahmt [116]) — leistete jenes Pfandrecht offenbar die nämlichen Dienste, wie die Radicirung, und wenngleich man fragen kann, ob sie durch denselben geschichtlichen Proceß, der das Expulsionsrecht beseitigte, und die Veräußerung frei gab, erst eingeführt wurde, oder — wenigstens im Keime — schon früher vorhanden, in Folge dieses Processes nur hervortrat, so konnte sie doch ohne Zweifel erst später eine praktische Bedeutung gewinnen.

Wir stellen diese Frage bei Seite, und gehen zu dem Nachweis über, daß unter der Gewere des Zinsberechtigten, welche allerdings zuzugeben ist, nicht sein Recht auf den Zins zu verstehen sei; beschränken uns jedoch, aus einem Grund, der noch zur Sprache kommen wird, auf die hieher gehörigen Stellen des Sachsenspiegels.

Unmittelbar findet sich in diesem Rechtsbuch eine Gewere des Zinsziehers nur erwähnt in dem Fall einer Gutsherrlichkeit. Die betreffenden Stellen [117]) lassen indeß so wenig einen Zweifel, was als Gegenstand dieser Gewere gemeint sei, daß es keiner Erörterung derselben bedarf, und es ist nur wieder zu erinnern, daß im Gebiete des Land- und Lehnrechts eine Gewere des hofhörigen Zinsmannes noch nicht anerkannt war, die Gewere des Herren am Gut also hier als eine gegenwärtige, unbedingte, Herrschaft über das Gut erschien.

Einer nähern Betrachtung ist dagegen ein Argument zu unterziehen, welches man dem Lehnrecht entnimmt, indem man geltend macht, daß Lehn ohne Gewere der Folge darbe, während doch Gefälle anerkanntermaßen als Gegenstand eines der Folge unterworfenen Lehens vorkommen.

Da das eventuelle Recht des Rentengläubigers — wie wir sogleich zugeben — keine Gewere ist, welche dem hier für die Folge am Lehn aufgestellten Erforderniß entspricht, so wird sich unser Nachweis darauf

116) Albrecht (S. 160).

117) Z. B. der schon besprochene Art. 14 des Lehnr.

zu richten haben, daß der allgemeine Sinn des Satzes, in welchem er auf das Lehen an Gefällen angewendet werden darf, mit dem Wortlaut, den er nach jener Fassung hat, nicht zusammenfällt, und behaupten wir vorläufig, daß jener Satz nichts ist, als eine ungenaue Version der in Art. 14 des Lehenr. ausgesprochenen Regel: An 'me gedinge n'is nen volge.

Daß diese Regel an und für sich auf das Lehen an Gefällen angewendet werden kann, ohne daß damit die Dinglichkeit desselben ausgesprochen würde, wird man nicht bestreiten. Nach der Ansicht Andrer soll jedoch diese Regel nur eine einzelne Consequenz des zuerst genannten Satzes sein, dieser aber das Princip enthalten, daß erst durch Besitzesübertragung eine Folge am Lehen begründet werde, und wiederum dieses Princip nur eine Seite des noch weiteren Grundsatzes sein, daß erst durch Besitzesübertragung überhaupt ein festes Recht des Vasallen entstehe, indem — auch abgesehn von einem Wechsel in den Lehnspersonen — eine spätere Belehnung mit nachfolgender Besitzesübergabe dem früher belehnten, aber nicht in den Besitz eingewiesenen Subject das Lehen entziehen könne. Diese Ansicht ist es hauptsächlich, die wir zu bekämpfen haben. Denn wenn einmal das factische Innehaben der Reallastberechtigung schon eine juristische Bedeutung gehabt hätte, so würden wir, da sich im Sachsenspiegel für Besitz kein anderes Wort als „Gewere" findet, und überhaupt der Begriff des Besitzes darin noch nicht als ein von dem Begriff der Dinglichkeit ablösbarer Gedanke erscheint, der Annahme nicht wohl entgegentreten können, daß man auch eine Gewere an der Reallast anerkannt habe. Wenn dagegen der Besitzesübergabe die Bedeutung nicht zukommt, so werden sich die Aussprüche, welche anscheinend für das — unzweifelhaft auch bei Gefällen vorkommende — Lehen eine Gewere fordern, leicht dahin restringiren lassen, daß sie unsrer Ansicht nicht widersprechen.

Ein Ausdruck, auf welchen es für unsere Frage zum Theil ankommt, ist „bewisung", und es muß zugegeben werden, daß „bewisen", wenn es auch zunächst in dem allgemeinen Sinn von „demonstrare" gebraucht wird, doch an mehreren Orten speciell auf einen von dem Herrn selbst oder seinen Boten in Gegenwart der Sache vorgenommenen Act geht. Allein, auch wenn es für diesen Act gebraucht wird, geht es damit nicht nothwendig auf eine Besitzesübergabe. Mit diesem Act konnte allerdings eine Tradition verbunden sein, und es lag im In-

teresse des Vasallen, daß sie damit verbunden wurde, theils weil er sich so den Beweis des Besitzes sicherte, theils weil factische Schwierigkeiten auf diese Weise leichter überwunden wurden. Allein ein Zweck desselben war jedenfalls auch der, den Gegenstand der Belehnung individuell zu bestimmen, und auf die Nothwendigkeit einer solchen Bestimmung bezieht sich unzweifelhaft die eine der Stellen (Art. 11), welche uns interessiren, während er in andern zwar als Besitzesübergabe gedacht, dagegen auch keine Rede davon ist, daß er ein Erforderniß des vollkommenen Lehnrechts bilde.

Indem wir noch davon absehen, daß von der Besitzesübergabe insbesondere die Folge am Lehen und die Vererbung abhängig sein soll, suchen wir fürerst nachzuweisen, daß sie jedenfalls nicht erforderlich war, um überhaupt ein unmittelbares Recht des Vasallen, das ihm durch eine spätere Belehnung nicht wieder entzogen werden konnte — also, sofern es sich um die Belehnung mit einer Sache handelt, eine Gewere (in diesem Sinn) [118] — zu begründen.

Hierfür spricht schon die Analogie des sächsischen Landrechts, zunächst insofern, als sofort durch die Auflassung eine juristische Gewere des Empfängers entstand [119], und weiterhin deshalb, weil trotzdem eine Einweisung in den Besitz üblich war [120].

Ferner ist ausdrücklich anerkannt, daß die einmal begründete Lehnsgewere unmittelbar durch Auflassung im Lehngericht auf andere übertragen werden kann [121], und es läßt sich kein Grund denken, warum man diesen Fall und den, in welchem sie erst begründet werden sollte, verschieden behandelt hätte. Außer Zweifel scheint mir auch zu sein, daß der mit dem Gedinge, also ohne Besitzeseinräumung, Belehnte eine juristische Gewere erhielt. Freilich wird sie ihm — auch abgesehn davon, daß das Wort zugleich den Besitz ausdrückt — in andrer Be-

118) Wir müssen somit im Folgenden, um die Annahme einer Gewere an der Zinsforderung zu widerlegen, gerade eine Gewere nachweisen, nämlich eine juristische Gewere an verliehenen Grundstücken, die ohne Besitzesübertragung entstand, insofern dieser Gewere ein festes, durch spätere Belehnung nicht zu entziehendes, Recht auf den Zins entspricht.

119) Vgl. Albrecht, S. 63.

120) S. z. B. Sächs. Landr. III, 82, §. 2.

121) Art. 39, §. 3. **Of en man enen andern gut uplet vor sime herren, to hant so hevet he die gewere an'me gude, die des erren mannes was, die 't liet.**

ziehung wieder abgesprochen, und es konnte gerade deshalb, wie wir noch erörtern werden, die Regel: „An'me gedinge n'is nen volge“ in den Satz umgewandelt werden: „Ane gewere n'is nen volge“. Allein nur insofern, als seine Gewere keine lediglich war, und der Ausdruck oft schlechtweg gerade für diese gebraucht wird. In demselben Sinn darbte auch der Lehnsherr der Gewere, und in demselben Sinn, in welchem sie diesem an manchem Orten wieder zuerkannt wird, hatte sie auch der Gedingsmann, d. h. er hatte ein unmittelbares Recht am Lehen, welches mit dem Tode des besitzenden Vasallen ipso jure auflebte, und wenn es gleich der Folge und Vererbung nicht unterworfen war, im Uebrigen doch durch eine spätere Belehnung nicht zerstört werden konnte. Dieß liegt schon in der mehrfach [122]) vorkommenden Wendung: „Die gewere des gudes is irstorven uppe den, dem it gedinge gelegen was“; bestimmt anerkannt aber ist es in Art. 57 des sächs. Lehnr. und Cap. 30 des Richtsteigs.

S. Lehnr. Art. 57, §. 3. Unterwint is sik ok jene dem en gedinge daran gelegen er den die herre, he ne missedut nicht, deste he 't tohant vorsta unde sin recht daran berede jegen sinen herren, svenne he ine dar um scüldeget oder darumne degedinget. Hier ist schlechthin — nicht etwa bloß für den Fall, daß der Herr die bewisung verweigert — anerkannt, daß die Besitzergreifung ohne Einweisung stattfinden kann. Wenn dabei vorausgesetzt wird, daß der Herr nicht früher Besitz ergriffen habe, so ist dies selbstverständlich keine Einschränkung, die uns anfechten könnte; denn „men scal nemanne ut sinen weren wisen, al si he mit unrechte darin komen.“

Ebenso ist in der angegebenen Stelle des Richtsteigs [123]) bestimmt ausgesprochen, daß das frühere Gedinge dem späteren vorgehe, ohne daß mit Rücksicht auf die Besitzesübergabe eine Einschränkung gemacht wird.

Zweifelhaft ist Art. 10, §. 4 des sächs. Lehnrechts:

Svan aver die herre weigeret to bewisene sogedan gut als he ime gelegen hevet, de man unterwinde sik sogedanes gudes als ime de herre gelegen hevet, svar 't sime herren ledich si, sunder bewisunge.

122) Art. 57, §. 1, §. 4.

123) §. 7. Spreken ok twe up en gedinge, so schun se beide nomen de tid der lenunge. So vrage de dar de erste an si, eft he icht dat gud beholden scole. So vindme he scole, deste he dat betügen moge.

Nach dieſen Worten ſcheint allerdings die Selbſtunterwindung dem Vaſallen nur ausnahmsweiſe zuzuſtehen, und die Ausnahme würde ſich aus dem eigenthümlichen Umſtand erklären, daß der Lehnsherr Richter und Partei in einer Perſon war. Indeß iſt dieſe Auslegung, wenn auch möglich, doch keinenfalls unabweislich. Die Einweiſung in den Beſitz lag im Intereſſe des Belehnten, wurde daher in den meiſten Fällen erbeten, und gerade die regelmäßige Vornahme derſelben gab den Anlaß, ausdrücklich zu erklären, daß ſie ein für das Recht des Vaſallen unweſentlicher Act ſei. Daß nun der Gedanke: „Wenn aber die Beweiſung verweigert wird, ſo fällt damit kein weſentlicher Act aus; denn der Mann unterwindet ſich des Guts ohne Beweiſung," in den angeführten Ausſpruch zuſammengezogen wird, darf gewiß nicht auffallen. Ueberdieß fragt es ſich noch, ob der **bewisung** hier als einer Beſitzesübergabe gedacht wird. Jedenfalls kommt ſie nicht ausſchließlich in dieſer Beziehung in Betracht. Vielmehr ſoll auch ausgedrückt werden, daß ſie, als ein Mittel, den Gegenſtand des Lehens zu beſtimmen, in Fall einer Weigerung des Herrn durch die Wahl des Vaſallen erſetzt werden konnte. Denn man darf die Worte nicht überſehen: **svar't sime herren ledich si** (V. A. 1, 31: — **bona quaecunque voluerit, quae dominus soluta habuerit**).

Andere für unſere Frage erhebliche Stellen ſind Art. 6, §. 1, u. Art. 7, §. 4.

Art. 6, §. 1. **Die vader erſt uppe'n sone die gewere des gutes mit sament deme gude; darumne bedarf die sone nicht, dat man ime des vaders gud bewise.**

Es fragt ſich zunächſt, was hier die Unterſcheidung des Gutes und der Gewere des Gutes bedeuten ſoll. Albrecht (S. 34) nimmt erſtere für die von ihm ſ. g. juriſtiſche Gewere; durch die Worte „**mit sament dem gude**" aber ſoll darauf hingedeutet ſein, daß dieſe Gewere auch ihrer causa nach dieſelbe bleibe, daß alſo der Sohn an dem rechten Lehn des Vaters nicht etwa Burglehnrecht, oder gar Eigenthum anſprechen dürfe. Allein wir können dieſer Erklärung ſchon deshalb nicht beiſtimmen, weil für uns die juriſtiſche Gewere mit dem was er als ihre causa anſieht, d. h. mit dem dinglichen Recht ſelbſt, zuſammenfällt, nicht, wie bei Albrecht, als ein Drittes zwiſchen das dingliche Recht und die dingliche Klage tritt. Es bliebe uns, wenn das Wort die juriſtiſche Gewere bedeuten ſollte, nur übrig, den Sinn an-

zunehmen, daß der Sohn mit dem Tode des Vaters nicht bloß einen Anspruch, das Gut zu empfangen, sondern ipso jure das dingliche Recht erwerbe. Diese Auslegung würde inzwischen eine sehr gezwungene sein, und es ist nicht daran zu zweifeln, daß „gewere" hier für den Besitz, „gut" dagegen für das dingliche (Vermögens-) Recht zu nehmen ist, um so weniger, als auch die entsprechende Stelle des Auctor vetus, und die Anwendung, die der Richtsteig von dem Satz macht, dafür spricht.

Wie ist nun diese Vererbung des Besitzes zu verstehen? Nach der eben berührten Stelle des Richtsteiges dahin, daß der Besitz des Erblassers dem Erben Behufs der Ersitzung angerechnet wird.

Cap. 22, §. 5. **Wo lange ok din vader en len in sinen weren gehad heft, dat machstu reken to der tid dat du it gehad hest in geweren, unde ok met eden, wen de vader ervet up den sone also vaste de were des gudes also dat gud.**

Inzwischen wohl nicht ausschließlich in diesem Sinn. Vielmehr soll, wie mir scheint, auch gesagt sein, daß der Besitz des Erblassers dem Erben als Grund eines jus possessionis anzurechnen ist, also rücksichtlich des Beweisvortheils ihm zu Gute kommt. Freilich nicht in der Weise, daß der Erbe auch dann, wenn der Herr oder ein Dritter schon Besitz ergriffen hat, im Beweise vorginge [124]), aber doch für den Fall, daß keiner von beiden Theilen factisch im Besitz ist. Daran knüpft sich denn die Folgerung: „**darumme ne bedarf die sone nicht, dat man ime des vaders gud bewise**", und die Annahme, daß durch diese Worte die Besitzesübergabe indirect als ein Erforderniß für den Erwerb vollkommenen Lehnrechts bezeichnet sei, ist damit beseitigt. Sie muß übrigens schon damit fallen, daß man überhaupt „gewere" für „Besitz", nicht für „juristische Gewere" nimmt. Denn unstreitig fällt auf dieses Wort der Accent, und ist hiermit, nicht mit den Worten „**mit sament dem gude**" jene Folgerung zu verknüpfen, in welcher Weise auch diese Verknüpfung zu bewerkstelligen sei.

In der zweiten Stelle, welche vorhin genannt wurde, Art. 7, §. 4, heißt es:

Of twene man en gut anspreket die beide der gewere darvet, beide solen sie benomen die tid der lenunge, unde svelk ir die erren lenunge getügen moch, die sal it mit rechte behalden.

---

124) Vgl. Homeyer, Sachsenſp. II, S. 418; Sandhaas, S. 140.

Der Zwischensatz: „die beide der gewere darvet“ muß hier Bedenken gegen unsere Ansicht erregen. Es ist inzwischen anzunehmen, daß der Fall, in welchem der Eine von Beiden, resp. der später Belehnte im Besitz ist, nur deshalb — nicht sowohl ausgenommen, als bei Seite gestellt wird, weil der Besitz zu einer rechten Gewere führen konnte, durch welche dann freilich die Gewere des früher Belehnten wieder gebrochen werden mußte. Durch eine Stelle des Landrechts, die allerdings um des Willen nicht genau hieher gehört, weil die Parteien sich dort auf verschiedne Lehnsherrn beziehen, wird diese Annahme doch insofern bestätigt, als dort ebenfalls eine Wendung genommen wird, als wenn der Ausgang des Streites, der zunächst von der Stellung der Auctoren abhängt, durch den Besitz an und für sich alterirt werden könnte, während doch nur eine rechte Gewere in Anschlag kommt [125]).

Eine bestimmte Bestätigung unserer Ansicht aber findet sich in Cap. 23 des Richtsteigs Lehnr., einer Stelle, welche ausführlich von dem Streit zweier Mannen um rechtes Lehen handelt, und im nächsten § noch zu unserer Erörterung kommen wird. Hier wird nicht bloß — und zwar unter Voraussetzung eines Falles, in welchem der später Belehnte im Besitz des Gutes ist — dem, der sich auf frühere Belehnung stützt, ohne Einschränkung (jedoch so, daß eine Zeit der spätern Belehnung vorausgesetzt ist, welche das Vorhandensein einer rechten Gewere ausschließt) der Vorzug eingeräumt [126]), sondern auch die frühere Einweisung, auf welche später die Rede kommt, ausdrücklich

---

125) II, 42, §. 1. Sve so klaget up enen andern, he neme ime dat gud, dat ir jeweder ime to lene seget; secg' et in von tven herren, ir jeweder sal sinen geweren to dinge bringen, sve gewerd werd de behalt; sves gewere nicht ne kumt, die verlüset, of se't beide sunder gewere anspreket, unde in deme jare mit deme gut belent sin. §. 2. Hevet aver ir en ene rechte were an deme gude jar unde dach gehat ane rechte wedersprake u. s. w.

126) §. 1. — So neme de ander ok enen vorsprake, de spreke sus: here dat gud to N. dat hebbe ik in lene unde in gewere, unde bidde enes ordels to lenrechte, eft ik des icht neger to beholdende si. Dar vrage wedder, eft he icht scole benomen de tid dat it ene gelegen wart. Dat vindme. Spricht denne de andere, he hebbe dat gehad ver weken und en jar, so vrage darjegen, sint he dat hebbe gehad in sineme lene ene stunde unde ver weken unde en jar, eft sin len to rechte icht scole vorgan. Dat vindme.

als ein durchaus subsidiär in Betracht kommender Umstand hingestellt [127]).

Endlich ist noch zu gedenken des Art. 10, §. 3:

Svenne en herre sinem manne gut bewisen let, dat he ime liet, tohant hevet die man die gewere an deme gude die des herren was er he't ime gelege.

Die Ansicht, daß durch diese Worte die Befestigung des vasallitischen Rechts an die bewisung geknüpft werde, können wir allerdings nicht damit zurückweisen, daß unter der hier angeführten gewere das Besitzesrecht zu verstehen sei. Denn die Stelle würde dann durchaus nichtssagend sein. Inzwischen darf man, um sie richtig zu verstehen, nicht außer Acht lassen, daß es nicht schlechthin heißt: „die gewere an deme gude", sondern: „die gewere, die des herren was er he't ime gelegen", und man muß sie ferner in Zusammenhang mit dem vorhergehenden § betrachten.

Hier ist von dem benannten und dem unbenannten Gedinge, der bloßen Wartung, die Rede, und heißt es, daß zwar auch das unbenannte Gedinge Lehnrecht gebe, besseres Recht aber das benannte Gedinge [128]), und da auch das benannte Gedinge, insofern die Folge und Vererbung fehlte, noch kein vollkommenes Lehnrecht gab, so ist hiermit eine Klimax begonnen, die in §. 3 vollendet werden soll. Die letzte Stufe derselben bildet die unbedingte Verleihung; allein nur unter der Voraussetzung, daß der Gegenstand speciell bestimmt ist, nicht etwa nach einem bloßen Betrag von Einkünften, und es würde andernfalls das Geschäft an demselben Mangel leiden, vermöge dessen die in doppelter Hinsicht mangelhafte Wartung dem benannten Gedinge nachsteht. Die Erfüllung dieses doppelten Erfordernisses — daß die Verleihung eine unbedingte, und daß der Gegenstand speciell bestimmt sei — ist nun

---

127) §. 4. **Weren nu de len also like geschen unde de were also like gehalden, dat des de ummesaten nicht entrichten kunden — were denne irer en er ingewiset, de bidde enes ordels, sint der tid dat eme de here dat gut hebbe bewisen laten er anders jemande, eft he des icht med beterem rechte to beholdende si. Dat vindme.**

128) §. 2. **Is ok en man belent von sineme herren mit eneme punde oder mit tven svart ime irst ledich wirt, lenrecht hevet he dar an, noch mer rechtes hevet diese dar an deme it gelegen unde benümet.**

gerade durch die Worte: „Svenne en herre sinem manne gut bewisen let“ angezeigt, indem die Beweisung einerseits überhaupt ein Mittel war, den Gegenstand speciell zu bestimmen, anderseits ein Mittel, welches bei der bedingten Verleihung nicht zur Anwendung kam, da es durch die Benennung des besitzenden Vasallen erspart wurde.

Sonach kommt die bewisung hier gar nicht als Besitzesübergabe in Betracht. Da übrigens mit den Worten: „tohant hevet die man die gewere an deme gude, die des herren was“ nur angezeigt werden soll, daß der Beliehene in diesem Fall ein noch besseres Recht als der Gedingsmann habe, so kann es sich gar nicht mehr darum handeln, ob die Besitzesübergabe überhaupt erst ein unmittelbares Recht des Vasallen begründet; vielmehr sind wir mit Erklärung der Stelle schon in die weitere Frage eingetreten, ob nicht von der Besitzesübergabe wenigstens die Folge an einen andern Herrn und die Vererbung abhängig sei.

Der erörterte Artikel spricht nach unserer Interpretation nicht für die Bejahung der Frage; es bleiben noch zwei Stellen, in welchen der von den Gegnern auf die Nothwendigkeit der Tradition bezogene Ausspruch die Fassung hat: Ohne Gewere ist keine Folge. Ehe wir aber auf diese Fassung näher eingehen, bemerken wir noch, daß, wenn in der einen Stelle zugleich der Ausdruck bewisen vorkommt, er auf die nämliche Weise zu beseitigen ist, wie bei Art. 10, §. 3. In Art. 11, §. 1 heißt es nämlich:

Svelk gut en man an sinen geweren nicht ne hevet unde ime nicht bewiset n'is, deme ne mach he nicht volgen an enen andern herren, noch erven an sinen son.

Hier ist dasselbe ausgesprochen, was Art. 10, §. 3 andeutet, daß für die Folge und Vererbung eine unbedingte Belehnung und Bestimmtheit des Gegenstandes nothwendig sei. Während aber dort mit dem Ausdruck bewisen auf beide Erfordernisse zugleich hingedeutet wird, werden sie hier auseinander gehalten. Dem Erforderniß einer unbedingten Belehnung entspricht der Satz: „Svelk gut en man an sinen geweren nicht ne hevet“, und die Worte: „unde ime nicht bewiset n'is“ sollen somit nur die Nothwendigkeit einer speciellen Bestimmung des Lehens ausdrücken. Daß der bewisung hier jedenfalls nicht als einer Besitzesübergabe gedacht wird, ergiebt sich insbesondere aus §. 4 desselben Artikels, welcher nachher noch erörtert werden und zur bessern Beleuchtung auch des besprochenen Art. 10, §. 3, beitragen wird.

Die Regel: „An einem Gedinge iſt keine Folge und Vererbung“ erklären wir einerſeits daraus, daß der Grundſatz der Erblichkeit der Lehen zur Zeit des Sachſenſpiegels noch verhältnißmäßig neu, und auch in andrer Beziehung noch nicht vollſtändig durchgeſetzt war, anderſeits aus dem im vorigen § dargelegten Umſtand, daß die Anerkennung eventueller Rechte überhaupt auf Hinderniſſe ſtieß, die die Rechtsentwickelung erſt allmählich überwand.

Wenn dieſe Regel nun die Faſſung erhielt: „**Len ane gewere darvet der volge**“ ſo hatte der Sachſenſpiegler hierbei — abgeſehn davon, daß er von einer Belehnung mit Grundſtücken ausging — nur das Verhältniß im Auge, welches den von ihm einander entgegengeſetzten Geſchäften — dem Gedinge einerſeits, der unbedingten Belehnung anderſeits — an und für ſich entſpricht, ohne an die rechtswidrigen Vorgänge zu denken, die es möglicherweiſe verändern können, und es iſt, damit man dieß begreiflich finde, daran zu erinnern, daß das Wort gewere öfters ſchlechtweg für das gegenwärtige, ledigliche, (Vermögens=) Recht an einer Sache gebraucht wird, alſo unmittelbar den Gegenſatz eines eventuellen Rechts, wie es durch das Gedinge entſtand, ausdrückt.

Freilich ſteht es in dieſer Bedeutung nicht auch anderſeits dem Beſitz gegenüber, ſondern wird in derſelben gerade inſofern vorzugsweiſe gebraucht, als der Beſitz, oder vielmehr das Beſitzesrecht, und das gegenwärtige oder ledigliche Vermögensrecht gegenüber dem eventuellen Vermögensrecht in eine gemeinſchaftliche Kategorie fallen. Die Faſſung des Satzes würde alſo, auch dieſe Bedeutung des Wortes vorausgeſetzt, immer eine ungenaue ſein. Allein die Ungenauigkeit wird auf dieſe Weiſe doch erklärlicher. Die Formulirung des Satzes iſt jedenfalls, auch wenn man ihn im Sinn der Gegner interpretirt, der Reſtriction bedürftig, und wir werden demnächſt auf die Ausnahmen, die unter allen Umſtänden zu machen ſind, zu ſprechen kommen. Zuvor iſt jedoch noch ein Bedenken zu beſeitigen, welches die eine der für unſere Frage unmittelbar in Betracht kommenden Stellen, Art. 53 des Lehnr., aus dem Grunde darbietet, weil der Fall, an welchen ſie die Regel: „**Al len ane gewere darvet der volge**“ anknüpft, in keiner Weiſe — mag man übrigens in unſerm Sinn, oder in dem der Gegner interpretiren — geeignet ſcheint, darunter ſubſumirt zu werden.

In dieſer Stelle will ein Lehensmann ſein Lehen einer Perſon, die es — um ihren Heerſchild nicht zu erniedrigen — nicht als After=

vasall von ihm empfangen will, auflassen, d. h. in der Weise übertragen, daß diese Person als unmittelbarer Vasall seines Herrn an seine Stelle trete. Der Lehnsherr versagt die in diesem Fall nöthige Einwilligung; der Vasall aber übergiebt jener Person das Gut gleichwohl, und zieht zugleich einen Dritten in das Geschäft, den er zum Schein belehnt. Der Vasall soll nun, wie in §. 1 entschieden wird, zur Strafe das Gut verlieren, und selbstverständlich braucht der Lehnsherr auch ein Recht der Person, die wider seinen Willen in den Besitz gekommen ist, nicht anzuerkennen. Bezüglich des zum Schein belehnten Aftervasallen aber fährt die Stelle fort:

Den dat gut alsus gelegen is, die ne hebbet nene volge daran, durch dat sie der gewere darvet, noch sie nieman von en to lene ne hevet. Al len ane gewere darvet der volge, unde al gewere ane lenunge is unrecht.

Da nun, wenn die Belehnung schlechtweg eine simulirte war, überhaupt ein Recht des zum Schein Belehnten nicht begründet wurde, so muß die Aufwerfung der Frage, ob eine Folge daran statt finde, und die Motivirung des bezüglichen Ausspruchs sehr unpassend erscheinen. Indeß läßt sich diese Wendung, wie ich glaube, folgendermaßen erklären.

Der Verfasser konnte sich den Fall zunächst allerdings so denken, daß der Afterlehnsmann ausschließlich die Absicht hatte, das unredliche Geschäft des Vasallen zu verdecken. Dann ist die angeführte Entscheidung freilich gedankenlos. Er konnte inzwischen auch davon ausgehen, daß der Aftervasall zwar zunächst dem Geschäft beitrat, um jener dritten Person die sichere Benutzung des Gutes zu verschaffen, aber unbeschadet dieser Benutzung sein Lehnrecht auch wirklich auszuüben beabsichtigte, sich also vorbehielt, nach Abgang jener Person in den Genuß des Gutes einzutreten. Sofern nun eine weitere Benutzung des Lehens von Seiten der letzteren durch das Einschreiten des Herrn abgeschnitten wurde, konnte die Frage entstehen, ob nicht damit ein Fall eingetreten sei, für welchen die Belehnung des Vasallen mehr, als eine Scheinbelehnung, sei. Der Verfasser beantwortet sich die Frage damit, daß dann der Gesichtspunkt einer bloßen Eventualbelehnung maßgebend sei, das Geschäft also jedenfalls aus diesem Grund von dem Oberherrn, der in Folge der Consolidation unmittelbarer Herr des Aftervasallen werden mußte, nicht anerkannt zu werden brauche; und auf diesem Wege kommt er zu der angegebenen Entscheidung.

Wenn dieſe Anwendung unſerer Regel überhaupt nicht ſofort klar iſt, im Uebrigen aber nicht gegen unſere Anſicht ſpricht, ſo ſcheint Letzteres dagegen der Fall zu ſein bei der Fortſetzung des oben angeführten Art. 11, §. 1:

Svelk gut man aver nimt mit gewalt deme manne unde he dat irvolget mit rechter klage dat gut erſt he an sinen sone unde volget ime selven an ene anderen herren, al darve he der gewere, of he der rechten klage getüch bevet.

Man kann geltend machen, daß der Fall gewaltſamer Entwerung nicht als Ausnahme hervorgehoben ſein würde, wenn es für die Folge am Lehen überhaupt nicht auf den Beſitz, ſondern nur auf die Gegenwärtigkeit des Rechts ankäme. Indeſſen iſt auch, wie ich glaube, der Sinn des Satzes ein allgemeinerer, und bedeutet der Ausdruck „mit gewalt“ hier ſoviel, als „mit unrecht“ — eine Annahme, die durch Art. 22, §. 4 des Lehnrechts unterſtützt wird:

Svar aver dem manne sin gut mit gewalt genomen wert, die sal sine klage jarlikes vernien, durch dat he der gewere darvet.

Hier kann der Ausdruck „mit gewalt“ um des Willen nicht in dem ſtrengen Sinn einer violenta possessio zu nehmen ſein, weil dieſe nie zu einer rechten Gewere führen konnte [129]), und daher die Vorſchrift einer jährlichen Erneuerung der Klage ſich dann nicht erklären würde. Es iſt anzunehmen, daß er auch in unſerer Stelle allgemein auf die widerrechtliche Vorenthaltung des Beſitzes geht.

Jedenfalls zeigt die Beſtimmung, daß die Regel: „Len ane gewere darvet der volge“ nicht wörtlich genommen werden darf, und enthält eine Ausnahme, die, wenn ſie hier der Regel wenigſtens unmittelbar nachfolgt, in der andern Stelle, welche jene ausſpricht, gar nicht erwähnt wird. Anderſeits iſt in Art. 11 mit keinem Wort von einer zweiten Ausnahme die Rede, welche ebenſo unzweifelhaft iſt, und den Fall betrifft, in welchem der Vaſall der Gewere darbt, weil er das Gut weiter verliehen hat [130]). Schon aus dieſem Grunde würde es

---

129) Sächſ. Landr. II, 44, §. 1: **Diewile man aver en gut under enem manne beklaget na rechte, svo lange he't halt dar boven mit gewalt, nimmer ne gewint he dar rechte gewere an diewile man de rechten klage getügen mach.**

130) In Art. 59, §. 3, wird ſie beiläufig ausgeſprochen: **Den dat gut**

ſehr gewagt ſein, von jener Regel auf eine Gewere des Rentengläubigers zu ſchließen. Denn bei der jedenfalls anzunehmenden Ungenauigkeit ihres Wortlautes darf vermuthet werden, daß der Verfaſſer auch das Rentenlehn außer Anſatz gelaſſen habe.

Inzwiſchen iſt noch zu unterſuchen, ob nicht überdieß eine ausdrückliche Anerkennung auch dieſer Ausnahme ſich finde, und kommen in dieſer Beziehung §. 2 u. 3 des Art. 11 in Betracht.

§. 2. **Of die herre sinen manne liet en gantz dorp oder wingarden oder tegeden oder gerichte, oder süsgedanen dinges icht, oder allet dat he ledich hevet an ener stat, deme lene volget die man unde erst it, al darve he der bewisunge.**

Die Gegenſtände, hinſichtlich deren hier anerkannt wird, daß eine Folge und Vererbung auch ohne Beweiſung ſtatt finde, ſind zum Theil Gefälle. Inzwiſchen wird mit Recht auf „**gantz**“ und „**allet dat he ledich hevet an ener stat**“ der Ton gelegt, und erſteres nicht bloß auf „**dorp**“, ſondern auch auf die folgenden Gegenſtände bezogen [131]); es kommt ſomit auf die Art und Weiſe an, in welcher der Gegenſtand bei der Belehnung beſtimmt worden iſt. Daher fehlt denn in dieſem § nicht bloß eine Anerkennung, daß bei Gefällen überhaupt eine Beſitzesübergabe wegfalle, ſondern umgekehrt ſcheint als Regel vorausgeſetzt zu ſein, daß ſie ſtatt finde. Allein eben damit, daß man die Worte „**gantz**“ und „**allet dat he ledich hevet**“ als die entſcheidenden anſieht, gibt man auch zu, daß hier die **bewisung** gar nicht als eine Beſitzesübergabe in Betracht kommt, ſondern lediglich als ein Mittel, den Gegenſtand genau feſtzuſtellen. Die Worte ſchließen ſich an §. 1 inſofern an, als dort neben der Regel, daß ein bloß eventuelles Recht, wie es das Gedinge gab, der Folge und Vererbung entzogen ſei, auch der Satz ausgedrückt werden ſollte, daß der Gegenſtand der Belehnung ſpeciell beſtimmt ſein müſſe.

Wenn dieß durch die Worte geſchieht „**unde ime nicht bewiset n'is**“, und ſomit der Fall, in welchem der Gegenſtand ſchon ohne Be-

---

also gelegen is, die ne hebbet nene volge daran, durch dat sie der gewere darvet, noch sie nieman von en to lene ne hevet.

131) **V. A. I, 34: Si dominus villam vel vineam, judicium vel decimam, vel hujusmodi aliquid integrum concesserit, vel omne quod in aliquo solutum habet loco etc.**

weisung hinlänglich bestimmt ist, zu einer bloßen Ausnahme herabgesetzt wird — auf die er eben in §. 2 zu sprechen kommt —, so ist dieß freilich auffallend. Es mag sich inzwischen damit erklären, daß eine Belehnung, bei welcher nur ein bestimmter Betrag an Gefällen oder Gutseinkünften festgesetzt wurde, in der That viel häufiger vorkam [132]).

Jedenfalls ist außer Zweifel, daß die in §. 2 gegebene Disposition sich nicht auf die Nothwendigkeit einer Besitzesübergabe, sondern auf das Erforderniß einer hinreichenden Bezeichnung des Lehens bezieht, und sie spricht somit wenigstens nicht gegen unsere Ansicht. Im Gegentheil aber wird diese, wie uns scheint, positiv unterstützt durch den folgenden §.

§. 3. In molen unde in münte unde in tolene unde in wingarden unde in tegeden oder in süsgedanen dingen, of en man belent wert, deme lene volget die man unde erft it, al hebbe die herre des lenes stat in siner gewalt to bestadene.

Die Gegenstände, von denen hier die Rede ist, sind ausschließlich Gefälle [133]), und der Ausspruch enthält eine weitere Einschränkung der in §. 1 aufgestellten Regel. Und zwar insofern, als für die Folge und Vererbung eine Gewere gefordert wurde. Offenbar konnte nun der Umstand, daß der Beliehene das Grundstück, mittelst dessen die Gefälle gesichert sind, nicht in seiner Gewalt hat, eine Modification jener Regel nur dann veranlassen, wenn zugleich feststand, daß er keine Gewere an den Gefällen selbst habe. Wenn dieß nicht ausgesprochen, sondern stillschweigend vorausgesetzt wird, so ist dieß nur geeignet, die Beweiskraft der Stelle zu erhöhen.

Unsere Ansicht, daß die Rentenforderung nicht als ein dingliches Recht behandelt worden sei, ermangelt somit auch nicht eines positiven Belegs, und darf, soweit es sich um den Sachsenspiegel handelt, für erwiesen gelten. Allerdings bloß, soweit es sich um dieses Rechtsbuch handelt. Denn daß in vielen andern, jedoch, wie zu bemerken ist, nur spätern Quellen des deutschen Rechts eine Gewere an Reallasten vorkommt, soll nicht geleugnet werden.

---

132) Vgl. Homeyer, Sachsenſp. II, 2, S. 396. — Im Uebrigen ist schon oben bemerkt worden, daß die Beweisung, sofern durch sie der Gegenstand bestimmt wurde, bei einer Weigerung des Herrn durch die Wahl des Vasallen ersetzt werden konnte.

133) Vgl. Homeyer, a. a. O. S. 283.

So schon im Schwabenspiegel.

Allerdings beweist dieß nicht der Art. 99 des Lehnrechts, auf den man sich in dieser Beziehung häufig beruft:

Kamerlehen ist nit reht lehen, — da hat der man de hein gewer an. ez ist niht reht lehen wan da der man gewer an hat.

Denn der Grund, aus welchem Kammerlehen nicht für rechtes Lehn galt, liegt darin, daß ein dauernder Genuß des Lehens reell gesichert sein sollte — ein Erforderniß, dem die Gewere an dem versicherten Grundstück entspricht. Die Stelle beweist daher nicht sowohl, daß eine Gewere an der Reallast selbst bestand, als vielmehr, daß diese Gewere, wenn sie überhaupt angenommen wurde, für die Auffassung des Rechtsbuches mit der Gewere an dem verhafteten Grundstück ein ungeschiedenes Ganzes bildete.

Inzwischen ist der Satz: „**Len ane gewere ist nit len**“ auch an mehreren Stellen (Art. 96, 106) ausgesprochen, wo diese Beziehung auf die Nothwendigkeit einer Realsicherheit jedenfalls nicht vorhanden ist, er vielmehr dem Satz des Sachsenspiegels: „**Len ane gewere darvet der volge**“ correspondirt, und es fehlt an jedem Anhalt, ihn in ähnlicher Weise zu restringiren, wie diesen letzteren [134]). Auch sprechen gegen eine solche Restriction verschiedene geflissentliche Abänderungen von Stellen des Sachsenspiegels, welche im Uebrigen zugleich darthuen, daß ein Rückschluß auf dieses Rechtsbuch unzulässig ist. So ist namentlich Art. 23 des Lehnrechts anzuführen:

Sver uz muntzen oder uz mulin, oder uz zollen, oder uz anderen dingen iht gelehen hat, den sol der herre bewisen sines gutes, alse hie vor gesprochen ist.

Diese Worte nehmen, wie sich aus der Fortsetzung der Stelle er-

---

134) Daß es nach d. Schwsp. jedenfalls dann, wenn der Gegenstand des Lehens eine Sache war, zu einer festen Berechtigung der Besitzesübergabe bedurfte, ist klar in Art. 157 ausgesprochen: — **mac der erre man bereden, daz er im daz gut lech und wisunge daruf gab mit sinen boten, und mac er daz erziugen mit zwein des herren mannen, er hat daz gut vor jenem, und hete im der herre niht wisunge uf daz gut gegeben, so heti ez der andere behebt.** Dazu ist zu bemerken, daß es sich in dem sehr ausführlich beschriebenen Fall dieser Stelle um ein schon vollkommen bestimmtes Gut handelt, die bewisung also keinenfalls als ein der Feststellung des Gegenstandes dienender Act gefordert wird.

giebt, den Platz des vorhin besprochenen §. 3, Art. 11, ein, in welchem gerade für Gefälle eine Ausnahme von dem Satz: Svelk gut ein man an sinen geweren nicht ne hevet u. s. w., gemacht wird. Auch weist der Zusatz: „alse hie vor gesprochen ist" auf Art. 20 zurück, welcher von der bewisung unzweifelhaft als einer Tradition handelt, übrigens ebenfalls aus der Abänderung einer Stelle des sächs. Lehnrechts entstanden ist [135]).

Ebenso kommt eine Zinsgewere in verschiedenen Statuten und Urkunden schon des 13ten Jahrh., besonders aber der spätern Zeit vor [136]).

Allein mit Unrecht wird man darin einen Beweis finden, daß die Gewere gerade als ein specifisch deutsches Institut in das Obligationenrecht hereinreichte.

Schon Bruns hat darauf hingewiesen, daß man die Urkunden vom 13ten Jahrh. an, soweit sie einen Besitz der fraglichen Rechte bezeugen, nur mit Vorsicht benutzen dürfe, weil ein Einfluß des canonischen Rechts und der italienischen Doctrin zu vermuthen sei. Wenn er nun gleichwohl eine Reihe von Urkunden dieser Zeit als Zeug-

---

135) Schwäb. Lehnr. Art. 20. Swenne ein herre sinem man gut lihet, unde in dez bewiset mit sinem botten — zehant hat er die gewere daran. Der Sinn des §. 3, Art. 11, des sächs. Lehnr., auf den die Stelle zurückweist, ist dadurch geändert, daß nach „gewere" die Worte: „die des herren was er he't ime gelege" ausgelassen sind, und er aus seinem Zusammenhang mit §. 2 herausgerissen ist.

136) Vgl. Albrecht, Gewere, S. 169; Bruns, Besitz, S. 329. Von den dort angeführten, und sonst vorhandenen Belegen will ich einige hieher setzen.

Hamburg. Stadtr. II, 1. de, de den ervetyns in syner were heft, is nager to beholdende, denne jenich man af to wynnende.

Freiberg. Stadtr. I, 20. Welch man erbezins hat an eime huse, — de sprichet also: an deme huse hab ich rechtis erbezinses so vil alle jar unde habe den gehabt in gewalt und in gewer jar und tag.

Augsburger Stadtr., 382. — dass er es im satzte mit rechter zinsgewer.

Culm. R. IV, 25; — so sal der man synen tzyns behalden, als her den in der gewere hat an deme erbe.

Urk. eines Bürgers in Halle v. 1472. — ich habe sie sulcher tzinsse in eine gerugliche, nützliche und habende geweher gesetzt.

Urk. v. 1352 (bei Lennep, Landsiedelleihe, Cod. prob. 393). Wir — bekennen — daz wir vercouft hain — unsern halbin ctzenden ctzu W.; und wir haben sie in die Were gesatzt —.

niſſe urſprünglich deutſchen Rechts gelten läßt, ſo glauben wir durch den Nachweis, daß gerade das Rechtsbuch, welches unter den fraglichen Quellen die älteſte, und am wenigſten von dem Einfluß des fremden Rechts berührt iſt, einen in dieſer Beziehung noch übrigen Zweifel beſeitigt, und gezeigt zu haben, daß es lediglich ein Umweg iſt, wenn man, um die angebliche Dinglichkeit, oder wenigſtens den Beſitz dieſer Rechte geſchichtlich zu begründen, auf das einheimiſche Recht zurückgeht.

§. 10.

Gewere als Besitzesrecht.

Das Wort gewere wird in den Rechtsbüchern zugleich für den Besitz, und — wenn auch bei Weitem seltener — für das Eigenthum, überhaupt das dingliche Vermögensrecht, gebraucht. Diese doppelte Bedeutung des Wortes hat, in Verbindung mit einem eigenthümlichen Satz des deutschen Mobiliarsachenrechts (Hand muß Hand wahren) Anlaß zu der Behauptung gegeben, daß in der Rechtsanschauung des Mittelalters die Idee des Besitzes und die des dinglichen Vermögensrechtes in einander übergingen, daß auf die sinnliche Seite des dinglichen Rechts ein zu großes Gewicht gelegt sei, oder wie man sonst ein gewisses Verschwimmen der beiden Dinge bezeichnet haben mag. Neuerdings hat man [137]) sich sogar bemüht, dieses Verschwimmen derselben als eine vollständig durchgeführte Vermengung darzustellen, und eine Methode dieser Confusion aufgezeigt.

Wir haben schon ausgesprochen, daß die zwiefache Anwendung des Wortes gewere zunächst auf einer Zerfahrenheit des Sprachgebrauchs beruhte, die wir aus der Geschichte des Wortes zu erklären suchten. In dem Sachsenspiegel dagegen ist, wie wir behaupteten, aus den mehreren Bedeutungen, welche der Sprachgebrauch überlieferte, bereits eine allgemeine Bedeutung, das Wort zu einem generellen Ausdruck des Sachenrechts geworden.

Dieß war insofern möglich, als bereits ein Schutz des bloßen Besitzes, also ein Besitzesrecht bestand, und es ist somit nicht bloß zu

137) Sandhaas, Germanist. Abhandlungen, II.

leugnen, daß der doppelte Gebrauch des Wortes aus einer Vermengung des factischen und rechtlichen Verhältnisses hervorging, sondern sogar zu behaupten, daß, nachdem man schon lange das Factum von dem Recht geschieden, m. a. W. nachdem man schon lange ein wirkliches Sachenrecht hatte, bereits ein höherer Gesichtspunkt gewonnen war, unter welchem der Besitz und das dingliche Vermögensrecht sich wieder berührten.

Es wurde schon zugestanden, daß die Umwandlung des Wortes in einen generellen Ausdruck für die eines Schutzes theilhaftige Herrschaft über eine Sache keineswegs vollkommen durchgeführt ist, indem das Wort nicht bloß vorzugsweise, und in Fällen, in denen auf die rechtliche Natur des Verhältnisses gar nichts ankommt, für den Besitz, sondern auch wohl für die bloße Detention gebraucht wird. Dieß schließt inzwischen nicht aus, daß der angegebene Gesichtspunkt gleichwohl vorhanden war, und dem Verfasser des Rechtsbuches verstattete, der Ueberlieferung des bisher in sich uneinigen Sprachgebrauchs nachzugeben.

Auch abgesehn von der Frage, ob bereits ein Schutz des bloßen Besitzes bestand, könnte vielleicht der Gedanke, daß derselbe deshalb ein Recht — genauer: der Grund eines Rechtes — sei, zu subtil für die juristische Bildung des Sachsenspieglers erscheinen, und allerdings mußten wir diesen Gedanken gegenüber der herrschenden Auffassung erst durch eine eingehendere Abstraction geltend machen. Allein wie mich dünkt, mußte es einer durch halbe Abstraction noch nicht zersetzten Anschauung vielmehr sehr ferne liegen, dem Besitzer einen Schutz zuzugestehen, und gleichzeitig ihm ein Recht abzusprechen. Ein Blick auf die Wandlungen, welche in dieser Hinsicht die romanistische Doctrin selber erfahren hat, wird ebenfalls dazu beitragen, dieses Bedenken zu beseitigen, und es wird sich nur darum handeln, ob in der That ein Schutz des bloßen Besitzes nachzuweisen ist.

Dieser Nachweis würde sehr leicht sein, wenn es genügte, die bloße Aeußerung des diesem Schutz zu Grunde liegenden Gedankens aufzuzeigen. Bekannt ist folgender, in andern Rechtsbüchern [138]) wiederkehrender, Ausspruch des Sachsenspiegels (II, 24, §. 1):

Man ne sal niemanne ut sinen geweren wisen, alsi he

138) Schwabensp. 191. Berm. Sachsensp. 32, 1 u. 2; 46, 9. Gosl. Stadtr. 495, 30.

dar mit unrechte an komen, man ne breke sie eme mit rechter klage.

Die Idee des Beſitzesrechts iſt hier vollkommen deutlich ausgedrückt. Allein man kann zweifeln, ob dieſer Ausſpruch praktiſche Bedeutung hatte, und mehr, als eine bloße Meinung des Verfaſſers, anzeigt.

Ohne daß es ſchon poſſeſſoriſche Klagen gab, hätte ein Beſitzesrecht inſofern beſtehen können, als der Beſitzer — abgeſehn von der Selbſtvertheidigung — vermittelſt einer Strafe der gewaltſamen Entwerung ſicher geſtellt war. Inzwiſchen gerade die Bußen, welche auf gewaltſame Entwerung geſetzt ſind, können durch den Nachweis des petitoriſchen Rechts vermieden werden.

Sächſ. Landr. III, 43, §. 1. **Sves sik die man underwint mit unrechte, dat ime mit rechte afgewunnen wert, he mut it mit bute laten.**

Berm. Sachſenſp. I, 43, 6. **Welch man mit ungerichte gud anspricht, und das im bruch wirt vor gericht, er mus sinen sachwalden buse und dem gerichte wetten.**

Es wird ſomit Alles darauf ankommen, ob eine durch bloßen Beſitz begründete Klage vorkam, und um dieß zu entſcheiden, faſſen wir zunächſt eine Wirkung des Beſitzes ins Auge, die auch von denen zugegeben wird, welche ein Beſitzesrecht leugnen [139]) — den Beweisvortheil. Es fragt ſich, worin dieſer nach deutſchem Recht beſtand.

Nach der herrſchenden Meinung gilt in dieſer Beziehung das dem römiſchen entgegengeſetzte Princip: der Beweisvortheil war nicht die Freiheit von der Beweislaſt, ſondern ein Beweisrecht [140]). Nach unſerer Anſicht iſt dieß für die älteſten Perioden der deutſchen Rechtsgeſchichte zuzugeben, für das ſpätere Mittelalter jedoch, die Zeit der Rechtsbücher, iſt es unrichtig.

Gehen wir auf die Conſequenzen der beiden Principien ein, ſo kann nach dem einen eine Entſcheidung des Streites erfolgen, obgleich keine von beiden Parteien etwas bewieſen hat; mit einer Einrichtung des Proceſſes dagegen, vermöge deren der Beweisvortheil ſich niemals als eine Freiheit von der Beweislaſt, ſondern immer nur als ein Beweis-

139) S. z. B. Bruns, der Beſitz, S. 103 ff.

140) S. z. B. Planck, Ztſchr. f. d. R. X, S. 230; Homeyer, Sachſenſp. II, 2, S. 612, Richtſt. Landr. S. 482; Bruns, Beſitz, S. 307; Hänel, Beweisſyſtem des Sachſenſp. S. 81.

recht, als ein Vorrang im Beweiſe, darſtellt, beſteht die Anforderung, daß das Beweisverfahren unter allen Umſtänden ein poſitives Ergebniß habe. Letzteres iſt dann nicht möglich, wenn es für die Bewahrheitung der erheblichen Thatſachen weſentlich auf die Kenntniß Dritter ankommen ſoll; denn dieſe Kenntniß kann nicht in jedem Fall vorhanden ſein. Es iſt nur dann denkbar, wenn der Eid der Partei in unbeſchränkter Weiſe als Beweismittel zugelaſſen wird, oder, ſofern er nicht für ausreichend angeſehen wird, an die Stelle eines Beweiſes, der auf einer Kenntniß von der Sache beruht, und daher für eine eigentliche Bewahrheitung gelten kann, gewiſſe Surrogate geſetzt ſind, welche auf Vorausſetzungen allgemeinerer Art beruhen, und darum unter allen Umſtänden zu Gebote ſtehen. Eben dieß war nun nach dem Proceßrecht der älteſten Zeit der Fall; einerſeits inſofern die Beweiskraft des Eides durch Eideshelfer ergänzt wurde, die von dem ſtreitigen Umſtand nichts zu wiſſen brauchten, ſondern durch den Eid lediglich ihr Zutrauen zu der ſchwörenden Partei darthaten; anderſeits, ſofern ein Beweis durch Gottesurtheil geliefert werden konnte. Allein zur Zeit der Rechtsbücher war darin ſchon eine ſehr durchgreifende Aenderung eingetreten. Gottesurtheil [141]) und Gebrauch der Eideshelfer [142]) waren für das Verfahren in Civilſachen zur Ausnahme geworden. Der Wegfall der Eideshelfer hat freilich nicht ausſchließlich die Bedeutung, daß damit auch der Eid der Partei, den ſie ergänzt hatten, wegfiel, ſondern zum Theil auch die, daß es dieſer Ergänzung nicht mehr bedurfte, indem in gewiſſen Fällen der alleinige Eid der Partei zugelaſſen wurde. Indeß iſt die Zahl dieſer Fälle beſchränkt, und vor allen Dingen iſt die Zulaſſung nur eine einſeitige. Sie gründet ſich — abgeſehen von gewiſſen Ausnahmen, die dem Sachenrecht angehören und noch zur Sprache kommen werden — auf den Satz: „Svat so de man vor gerichte nicht ne dut, svo wetenlik it si, dat he des mit siner unscult untgeit, unde man's in nicht vertügen ne mach“ (Sächſ. Landr. I, 18, §. 2), wonach namentlich in Schuldfällen der Beklagte das factum proprium [143]), aus welchem der Kläger ſeinen Anſpruch ableitet, durch alleinigen Eid

141) Homeyer, Richtſt. Landr. S. 479; Sachße, Beweisverf. S. 230.

142) Homeyer a. a. O. S. 460; Hänel, Beweisſ. S. 60.

143) Aber auch nur zur Ableugnung der eignen Handlung ſtand ihm der Eid zu Gebot, nicht zum Beweis der Zahlung. S. Landr. I, 54, §. 3, 65, §. 4, II, 6, §. 2.

ableugnen kann. Das bei Weitem wichtigste Beweismittel, insbesondere für das Sachenrecht, ist jetzt das Zeugniß.

Entsprechend dieser hinsichtlich der Beweismittel eingetretenen Aenderung ist nun auch das Wesen des Beweisvortheils verändert, der Beweisvortheil ist jetzt die Freiheit von der Beweislast. Freilich besteht auch noch ein Beweisrecht; allein es absorbirt jene nicht, sondern tritt noch zu ihr hinzu. Der Unterschied, welcher hier zwischen dem deutschen und römischen Recht statt findet, ist lediglich darin zu suchen, daß in jenem der Beweis ein einseitiger ist, daß nicht von beiden Parteien ein Beweis über denselben Umstand geliefert werden darf. Vermöge dieser Einseitigkeit des Beweises verwandelt sich das Recht des Gegenbeweises, das nach römischem Proceßrecht in zweiter Linie an die Stelle der Beweisfreiheit tritt, im deutschen Proceß in den Beweisvorrang, ohne daß dadurch im Resultat etwas geändert wird. Und wie dieser Beweisvorrang einerseits dem Recht des Gegenbeweises entspricht, so steht er anderseits dem Vorrang dessen, dem der Eid deferirt wird, gleich; nur daß, was dort gesetzlich besteht, hier von der Willkür der Partei abhängt. Das Princip einer Beweislast als unterste Basis des Verfahrens wird durch das Beweisrecht keinenfalls beseitigt.

Eine Modification des angegebenen Verhältnisses — von der Art, daß die Beweisfreiheit zwar nicht durch das Beweisrecht absorbirt wird, aber doch auf entgegengesetzter Seite sich befindet, während beide sonst nur Abstufungen desselben auf der gleichen Seite befindlichen Vortheils sind — liegt darin, daß jeder Beweis durch Berufung auf Gerichtszeugniß überboten werden kann. Auf die Form des modernen Proceßrechtes zurückgeführt, lautet diese Modification: Gegen öffentliches Zeugniß ist kein directer Gegenbeweis zulässig.

Eine zweite greift in den Fällen Platz, in welchen nach dem oben angeführten Ausspruch des sächsischen Landr., I, 18, §. 2, der Beklagte sich durch alleinigen Eid entschuldigen darf. Als Kehrseite dieser Beweiserleichterung besteht nämlich die Bestimmung, daß der Beklagte, welcher den Eid ablehnt, condemnirt wird, ohne daß der Kläger zu beweisen braucht [144]), so daß es also hier zu dem Gebrauch des Privatzeugnisses gar nicht kommen kann, sondern nur zu dem des

144) Vgl. Sachße a. a. O. S. 218; Homeyer Richtst. Landr. S. 486.

Gerichtszeugniſſes, durch welches der Kläger den Eid des Beklagten zu überbieten vermag. Bei näherer Betrachtung wird man inzwiſchen zugeſtehen, daß hierin eine wirkliche Ausnahme von der Regel, wonach Beweisfreiheit und Beweisrecht nur Abſtufungen desſelben Vortheils ſind, und darum auf derſelben Seite ſich befinden, nicht geſehen werden kann. Wenn der Beklagte einen Umſtand, von dem er nothwendig wiſſen muß, durch ſeinen alleinigen Eid beweiſen darf, ſo kann in der Ablehnung des Beweiſes nicht leicht etwas Anderes gefunden werden, als daß er vom Gegentheil überzeugt iſt. Er wird daher nicht condemnirt, weil die Beweislaſt auf ſeine Seite verlegt wäre, ſondern weil die Verweigerung des Eides einem Geſtändniß gleich zu achten iſt; und die Beſtimmung entſpricht ſomit dem Fall des modernen Proceſſes, in welchem eine Partei den deferirten Eid weder ſchwören, noch zurückſchieben will.

Jedenfalls leidet unſere Behauptung, daß der Beweisvortheil in der Beweisfreiheit beſtanden habe, ihre volle Anwendung auf das Sachenrecht, und die Uebereinſtimmung, welche ſomit zwiſchen dem älteren deutſchen Verfahren einerſeits, dem römiſchen und modernen anderſeits beſteht, erſtreckt ſich noch weiter, indem nicht bloß die Natur des Beweisvortheils, ſondern auch die Regeln, nach denen er vertheilt iſt, im Weſentlichen die gleichen ſind. In dieſer letztern Behauptung iſt enthalten, daß der Beweisvortheil in erſter Linie mit dem Beſitz verbunden war, und es ſcheint, als ob wir inſoweit mit der herrſchenden Meinung, welche den Beſitz ebenfalls als einen Grund für den Beweisvortheil anerkennt, Hand in Hand gehen könnten. Allein aus dem, was wir über die Natur des Beweisvortheils aufgeſtellt haben, folgt, daß wir dieſes ſcheinbare Zugeſtändniß nicht acceptiren können. Denn in den meiſten Fällen, in welchen die im Beſitz befindliche Partei den Beweisvortheil genießen ſoll, iſt dieſer angebliche Vortheil nach unſerer Anſicht eine Laſt, welche ihr, obgleich ſie die Gewere hat, um des Willen aufliegt, weil ihre Behauptung zur Begründung einer Einrede dient. Umgekehrt kommt ihr vermöge der Gewere der Beweisvortheil zu, wo ihn trotz ihres Beſitzes der Gegner haben ſoll, indem ſie ſowohl den dem Recht des directen Gegenbeweiſes entſprechenden Vorzug hat, als auch, wenn der Gegner von ſeinem angeblichen Beweis*recht* keinen Gebrauch macht, und nun gar nichts bewieſen wird, den Sieg davon trägt. Wir wollen im Folgenden den Nachweis dieſer Aufſtellungen verſuchen. Doch erſcheint es zweckmäßig, daß wir zuvör-

derſt conſtatiren, was der Kläger, um die Herausgabe der Sache zu bewirken, behaupten mußte.

Auf dieſe Frage iſt, in neueſter Zeit, namentlich Delbrück näher eingegangen, und es iſt von ſeinen Behauptungen zunächſt die in Betracht zu ziehen, daß an die Stelle der actio Publiciana im deutſchen Recht eine Klage aus älterem Beſitz getreten ſei [145]).

Wir können dieſer Behauptung nicht unbedingt beipflichten, nehmen vielmehr an, daß das Rechtsmittel, welches nach deutſchem Recht eine wirkliche Vindication erſparte, regelmäßig eine der Publiciana gleiche, oder doch analoge Klage war. Eine bloß ähnliche, ſofern es ſich um Grundſtücke handelte. Denn da zur Uebertragung von Grundſtücken die Beſitzesübergabe nicht erforderlich war, anderſeits das fragliche Rechtsmittel nicht auf der Fiction einer Erſitzung beruhte, ſo brauchte ſich hier der Kläger nur auf die im Land- oder Lehngericht geſchehene Auflaſſung, nicht zugleich auf Beſitzeserwerb zu berufen.

Von den Stellen, welche für dieſe Frage in Betracht kommen,

---

145) Delbrück, die dingliche Klage des deutſch. R., §. 7. — Im Uebrigen iſt zu bemerken, daß durch die oben ſtehenden Worte die Anſicht Delbrück's, was das ältere Recht anbelangt, nicht genau wiedergegeben iſt. Denn Delbrück geht davon aus, daß, wenn auch die Berufung auf gewiſſe relative, in einer Stufenfolge ſtehende Gründe, zu denen insbeſondere der ältere Beſitz gehört, in dem Streit um die Sache zum Sieg verholfen habe, der Klagegrund doch immer das Eigenthum u. ſ. w. ſelbſt geweſen (S. insbeſ. §. 5 u. 12), daß das Eigenthum im Allgemeinen beſchworen worden ſei.

Wir ſind damit nicht einverſtanden. Zwar müſſen wir dahin geſtellt ſein laſſen, ob alle zu jener relativen Gliederung des Streites gehörigen Facta inſofern ſelbſtändige Rechte begründeten, als man, mit der Berufung auf eines von ihnen durch rechtskräftiges Urtheil abgewieſen, eine neue Klage auf ein Factum höheren Rangs, resp. auf gewiſſe abſolute Erwerbsarten (die Delbrück im Uebrigen ganz und gar leugnet), ſtützen konnte. Wir behaupten dieß nur von dem gegenwärtigen (resp. durch Gewalt des Gegners verloren gegangenen) Beſitz, und ein ſelbſtändiges Beſitzesrecht nachzuweiſen, iſt ja eben der Zweck der oben folgenden Erörterungen. Mit Bezug auf alle jene Facta müſſen wir dagegen die Behauptung zurückweiſen, daß nicht ſie ſelber, ſondern das Eigenthum im Allgemeinen, Gegenſtand des Beweiſes geweſen ſeien. Wenn Delbrück dieß trotz vieler Zeugniſſe für das Gegentheil feſthält, ſo liegt der Grund mit darin, daß er dem Parteieneid eine Bedeutung zuſchreibt, die er nach den Rechtsbüchern gar nicht mehr hatte.

ist namentlich Art. 29 des Richtsteigs Lehnr. anzuführen, auf welchen auch Delbrück Bezug nimmt.

Nachdem sich in §. 1 des Artikels der Kläger sofort auf Belehnung berufen hat, wird in §. 2 folgendermaßen fortgefahren:

Spreke aver orer islik, se hedden dat gehad ses weken unde en jar in geweren, so vrage de here, we dar denne de rechte were an hebbe. So vindme de den tins dar ut boret. Spreken se denne beide, se hedden den tins dar beide utgeboret, so vrage de here enes rechtes, eft se en icht vor deme jare scolen hebben dar ut geboret. Dat vindme. Up welkeren denne dat kumpt de vrage, sint he dat in olderen weren hebbe, eft he des icht neger to beholdene si. Dar vrage jegen, sint he dat clagede vor sinem heren unde vor sinen mannen, eft eme dat upborent icht to scaden komen moge, und jenneme sine were icht sterken moge. So vindme id ne moge, eft he der clage getüch hebbe.

Delbrück glaubt hier in den Worten: „sint he dat in olderen weren hebbe", einen Beleg seiner Behauptung gefunden zu haben. Allein mit Unrecht. In dem ganzen § ist nur von der rechten Gewere, d. h. — nach unserer Ansicht — von der Ersitzung, die Rede, und der Berufung auf oldere were wird offenbar nur insofern gedacht, als darin zugleich eine Berufung auf rechte Gewere liegt. Wie sich der Verfasser dieß denkt, ist nicht ganz klar; wahrscheinlich verhält es sich damit folgendermaßen. Beide Parteien behaupten rechte Gewere, sprechen indeß zunächst nur davon, daß sie das Gut ein Jahr und sechs Wochen in Besitz gehabt, d. h. eine Zeit hindurch, welche der Verjährungszeit nahezu gleichkam, aber sie, da zu dieser noch drei Tage gehörten, nicht vollkommen deckte. Es wird nun gefragt, ob nicht eine Besitzeshandlung — ein Zinsbezug — nachgewiesen werden müsse, vermöge deren jener Zeitraum nicht bloß erfüllt, sondern überschritten sei (eft si en icht vor deme jare scolen hebben dar ut geboret), und oldere were bedeutet demnach soviel, als längere, resp. die Verjährungszeit vollkommen ausfüllende, Gewere.

Eher noch, als die eben in Betracht gezogenen Worte, hätte Delbrück den §. 3 desselben Artikels für sich anführen können:

Spreken se aver beide, se hebben dat in liken weren unde in liken lene, unde sint beide in deme jare belent, so vindme, we

erst an deme lene were de behalde dat gut. — Welk orer denne dat ersten heft upgeboret — de beholt dat gut.

Hiernach soll allerdings der ältere Besitz den Ausschlag geben. Bei näherer Betrachtung zeigt sich indeß, daß die Bestimmung in gar keinem Zusammenhang mit unserer Frage steht. Denn es wird vorausgesetzt, daß beide Theile die Belehnung behaupten, und zu beweisen vermögen; es handelt sich also keineswegs darum, daß der Beweis des älteren Besitzes den der Belehnung ersparen könne.

Die Bestimmung enthält eine Abweichung von der strengen Rechtsconsequenz in Betreff des Satzes, daß das dingliche Recht am Lehen unmittelbar durch die Investitur übertragen wird. In dem Fall, daß zwei Personen von demselben Herrn, und zwar so bald nach einander belehnt sind, daß eine frühere Belehnung des einen Theils nicht ermittelt werden kann, soll der frühere Besitz entscheiden. An dem genannten Rechtssatze festzuhalten, wäre, wenn auch eine frühere Belehnung der einen Partei nicht positiv dargethan werden konnte, doch in der Weise möglich gewesen, daß zunächst der gegenwärtige Besitz constatirt wurde. Insofern dieß nicht geschehen soll, keineswegs aber in Betreff der Frage, welche uns augenblicklich beschäftigt, bietet die Stelle ein Bedenken dar. Wir werden in dieser Beziehung noch auf sie zurückkommen; vorläufig machen wir nur darauf aufmerksam, daß die hier gegebene Vorschrift als eine durchaus singuläre angesehen werden muß.

In der Fortsetzung des Artikels handelt der Verfasser zunächst noch weiter von dem eben erwähnten besonderen Fall, erörtert dann, inwiefern es für die Bewährheitung der Belehnung auf das Bekenntniß des Herrn ankommt, und bringt schließlich, mit Bezug auf das zu Gunsten des einen Theils lautende Bekenntniß des Herrn, noch einmal die rechte Gewere zur Sprache. Davon, daß die Berufung auf älteren Besitz fürerst genügen soll, den Anspruch des Klägers zu begründen, ist überall keine Rede, und es muß in der Stelle um so mehr ein Beweis gefunden werden, daß dieß in der That nicht der Fall war, als der Verfasser offenbar eine erschöpfende Darstellung der auf beiden Seiten möglichen Behauptungen zu geben beabsichtigt.

Eine Bestätigung giebt Art. 42, B. II, des sächs. Landrechts:

§. 1. Sve so klaget up enen anderen, he neme ime gut, dat er jeweder ime to lene seget; secget se't in von tven herren, ir jeweder sal sinen geweren to dinge bringen; sve

gewerd werd de behalt, sves gewere nicht ne kumt die verlüset, of se't beide sunder gewere anspreket unde to like mit deme gude belent sin. §. 2. Hevet aver ir en ene rechte were an deme gude — he verlüset dar mede nicht, of ime sin gewere afweke dut.

Aus §. 1 ergiebt sich, daß der Kläger seinen Gewährsmann mitbringen, also die Belehnung darthun muß, um zu gewinnen. Die Worte: of se't beide u. s. w. enthalten, wie der Anfang des §. 2 zeigt, eine Umschreibung des Vorbehalts: Wenn keiner sich auf rechte Gewere berufen kann. Es ist somit dieselbe Klimax da, wie in Art. 23, §. 1 u. 2, des Richtsteiges: Berufung zunächst auf bloße Investitur, dann auf rechte Gewere; von einem Vorzug des älteren Besitzes aber keine Spur.

Als ein Zeugniß, welches für die gegnerische Ansicht zu sprechen scheint, ist dagegen folgende Stelle des verm. Sachsenssp. anzuführen.

B. 1, 43, 4. Wel eyner erbegud behalden vor gerichte, daz om angestorben ist, der eyd sal also gen: daz dit gud adder gelth, adder welcherley daz ist, daz on anerstorben ist, daz sal her benemen, meth rechte anerstorben ist, unde in myne gewere mit rechte komen ist, daz mir god so helffe unde alle sine heyligen. Unde is wichbilde unde lantrecht.

In dem hier gegebenen Eide kann nicht wohl mehr gefunden werden, als die Versicherung, daß der Schwörende durch Erbschaft den Besitz der Sache erlangt habe. Erbschaft war nun, wie zugegeben werden muß, kein Ersitzungstitel; die auf Erbfolge gestützte rechte Gewere vermochte nur den näheren gesetzlichen Erben auszuschließen (Albrecht, S. 106); und so scheint denn allerdings die Behauptung Delbrück's, daß der ältere Besitz zur Begründung einer Klage gedient habe, hier bestätigt zu sein.

Inzwischen kommt es doch, wie aus der Stelle selbst und unsern bisherigen Ausführungen hervorgeht, darauf an, daß auch Erbfolge behauptet und bewiesen wird. Es genügte also nicht der ältere Besitz allein, und die Bestimmung wird passender dahin gefaßt werden, daß die Erbschaft, obgleich kein absolut gültiger Anfang der rechten Gewere, doch, soweit es sich um den relativen Anspruch auf eine Sache handelt, als Erwerbstitel behandelt wurde.

Die Regel, welche für Immobilien gilt, wird man mit Fug auch

auf bewegliche Sachen beziehen dürfen, ſo lange ſich das Gegentheil nicht bezeugt findet, nur mit der Modification, daß hier an die Stelle der Auflaſſung Tradition aus dem Grund einer Veräußerung tritt.

Ich finde nun die Annahme Delbrück's nur für einen Fall beſtätigt; für den Fall nämlich, daß zugleich die heimliche oder gewaltſame Entziehung des älteren Beſitzes behauptet werden kann.

Sächſ. Landr. II, 36, §. 4. **Sprikt aver jene, he hebbe't gekoft uppe deme gemenen markete, he ne wete weder wene, so is he düve unculdich. Sine penninge verlüset he aver, die he darumm gab, unde jene behalt sin gut dat ime verstolen oder afgerovet was, ob he sik dar to tiüt uppe'n hilgen selve dridde vulkomener lüde an deme rechte, die dat weten dat it ime düflike oder roflike geloset si.**

Ohne Zweifel wird hier von einem Titel, den der Kläger zu erweiſen hätte, Umgang genommen. Allein die Behauptung des älteren Beſitzes dient doch zur Begründung ſeiner Klage nur inſofern, als ſie in der Behauptung der diebiſchen oder raubiſchen Entwendung enthalten iſt. Darüber hinaus findet ſich für die Anſicht Delbrück's kein Beleg, und namentlich kann ein ſolcher nicht aus Diſt. 25, B. IV, C. 42, des vermehrten Sachſenſp., auf die er ſich beruft, entnommen werden:

Wer eyn phert wel anéfangen, daz ome gestolen adder obegeroubet ist, — her — sal begern der heyligen unde des stelers, unde sal czu den heyligen deme pherde uff deme houbte swern, daz daz phert sin were, do is ome obegestolen adder obegeroubet wart, unde noch sin sy, also om god helffe unde alle heyligen. Czut sich denne jener an sine gewer, daz mus disse vorfulgen bis an dy wilden sehe adder darobir.

Der Eid, welchen nach dieſer Stelle und nach Diſt. 3 desſelben Capitels der den Anefang anſtellende Kläger zu ſchwören hat, geht darauf, daß die Sache zur Zeit, als ſie ihm abgeraubt worden, oder — wie es in Diſt. 3 allgemeiner heißt — als er ſie zum letzten Mal geſehen habe, ſein geweſen ſei, und noch ſein ſei. Gegen dieſe Faſſung des Eides kann aber die willkürliche Vorausſetzung Delbrück's, die Behauptung des Eigenthums habe die des älteren Beſitzes vertreten (S. 42), nicht Stand halten. Denn „sin" muß doch wohl in den beiden Sätzen des Eides für gleichbedeutend genommen werden. Da es

nun in der Behauptung, daz daz gud noch sin sy, nicht auf den bloßen Beſitz bezogen werden kann, ſo darf es ebenſowenig in dem andern Satz, daz is sin were, do he is aller nuwelisten sehe, auf dieſen bezogen werden. Wenn daher nicht der Nachweis eines abſoluten Erwerbs verlangt ſein ſoll, — was keinenfalls angenommen werden kann — ſo bleibt nur die Annahme übrig, daß die fraglichen Worte die Behauptung eines Titels enthalten. Die Stelle beweiſt ſomit nicht mehr, als vorhin zugegeben wurde, ſondern macht ſogar fraglich, ob auch nur im Fall einer gewaltſamen Entwendung die Berufung auf älteren Beſitz genügt.

Es ſollen inzwiſchen die Bedenken nicht verſchwiegen werden, welche dieſer Stelle als einem Zeugniß für den Umfang der klägeriſchen Behauptungen entgegenſtehen. Zunächſt iſt bedenklich, daß der Kläger jenen Eid ſogleich beim Beginn des Verfahrens leiſtet, und darauf erſt der Beklagte dazu kommt, ſich an ſeinen Geweren zu ziehen, oder von ſeinen ſonſtigen Vertheidigungsmitteln Gebrauch zu machen. Das Princip der Einſeitigkeit des Beweisverfahrens, an dem namentlich im Richtſteig noch durchweg feſtgehalten wird, müßte hiernach im verm. Sachſenſp. aufgegeben ſein.

Ebenſo muß es befremden, daß die Mitſchwörenden nach Diſt. 3 keine Zeugen, ſondern Eideshelfer ſind.

Darnach schulen dy czwene sweren, daz der eide rein sy, unde nicht meineid, alz in got helfe unde alle heilgen.

Denn nach der oben angeführten Stelle des ſächſiſchen Landr. (II, 36, §. 4) beſchwören ſie die Thatſache ſelbſt:

— die dat weten, dat it ime düflike oder roflike geloset si.

Die Stelle iſt überdieß in den verm. Sachſenſp. aufgenommen (IV, 9, 4), und es kann keinen Unterſchied machen, wenn hier für „weten“ „bewisen“ ſteht.

Aus dieſen Gründen hat die Annahme viel für ſich, daß der fragliche Eid gar nicht zum Beweis des klägeriſchen Anſpruchs diente, ſondern nur eine Art Gefährdeeid war [146]), und lediglich zur Einleitung des Verfahrens gehörte. Zu der Strenge, mit welcher auch in andrer Beziehung der mit dem Anefang auftretende Kläger behandelt

146) Vgl. Brackenhöft, Ztſchr. f. d. R., V, S. 135, Anm. 11, S. 159.

wird, würde dieß passen. Doch sind allerdings Zeugnisse vorhanden, nach denen der gleiche Eid dem Kläger unmittelbar zum Siege verhilft.

Bair. Landr., C. 33. **Wem sein guot verstolen wirt, chümt daz für recht, daz sol er berechten sein hant selb dritten, oder ain mit drein ayden, daz ez ze der selben Zeit sein waer, er daz ez im denplich verstoln wurd und heut sein sey, — und sol sein guot damit behabt haben.**

Wie dem auch sei, es ergiebt sich jedenfalls, daß die erörterte Stelle eher gegen, als für die Ansicht Delbrück's beweist. Die Behauptung des älteren Besitzes ist nur [147]) insofern für genügend zu halten, als sie mit der Behauptung der dieblichen oder raublichen Entziehung desselben verbunden ist, wobei ich dahin gestellt sein lasse, ob dieser zunächst nur für den Anefang bezeugte Satz für den Fall gewaltsamer Entwerung auf Immobilien auszudehnen sei [148]).

Ich wende mich zu einer Frage, welche durch die Regel: „Hand muß Hand wahren" veranlaßt wird.

Nach der gewöhnlichen Annahme mußte, vermöge dieser Regel, der

147) Abgesehn von dem mehrfach (Goslar. Stat. 530, 2, 3; Pölm. Dist V, 12, 3; Sächs. Weichb. 130, 133) wiederkehrenden Eid des Klägers, daß das Gut sein gewesen und noch sein sei — dessen Bedeutung nach dem oben Gesagten zweifelhaft ist — fehlt es an directen Zeugnissen über das, was der eine bewegliche Sache verfolgende Kläger behaupten müßte. Außer der Analogie des Immobiliarsachenrechts muß inzwischen auch das, was wir über die Einreden des Beklagten erfahren, gegen die Ansicht Delbrück's entscheidend sein. Es ist nicht abzusehen, warum der Beklagte die Berufung des Klägers auf ehemaligen Besitz nicht durch die Behauptung noch älteren Besitzes habe zurückweisen können; und in der That nimmt dieß Delbrück auch an. Allein in den Quellen findet sich davon keine Spur. Der Beklagte beruft sich immer auf einen Titel (Sächs. Landr. II, 36; Richtst. Landr. 17; Verm. Sachsenssp. IV, 9, 4; Sächs. Weichb. a. a. O.; Schwabenssp. 317). Auch die beiden Stellen, auf die sich Delbrück stützt, beweisen gerade das Gegentheil. In dem Brünner Schöffenb., 100, geht die Einrede des Beklagten klar und deutlich darauf, daß er die Sache früher, als sie dem Kläger abhanden gekommen, gekauft, nicht bloß dahin, daß er sie bisher besessen habe. In §. 113 des alt. Bamberger R. aber behauptet der Beklagte, daß die Sache früher sein gewesen sei. Die Stelle würde also nur unter der irrigen Voraussetzung, daß die Behauptung des Eigenthums die des ältern Besitzes vertreten habe, für Delbrück beweisen.

148) Aus den Stellen, welche Delbrück (S. 45) anführt, ergiebt sich dieß nicht.

Anefang durch die Behauptung des Klägers begründet werden, er habe den Besitz der Sache wider seinen Willen verloren. Ich halte dieß für unrichtig.

Jene Annahme stützt sich insbesondere auf die oben angeführte Stelle des sächs. Landr. (II, 36, §. 4), nach welcher der Kläger beweist, daß ihm die Sache dieblich oder raublich gekoset sei. Wenn nun aber, wie gegen Delbrück zugegeben wurde, hierin die ausnahmsweise Zulassung einer Klage aus älterem Besitz zu finden ist, so leuchtet ein, daß sie für den jetzt fraglichen Satz nichts mehr beweist. Die Bestimmung enthält eine Erleichterung, nicht eine Erschwerung des klägerischen Angriffs, und steht dem nicht entgegen, daß der Kläger, wenn er den Nachweis eines Titels zu liefern vorzog, oder liefern mußte, nun auch von dem Beweis einer dieblichen oder raublichen Besitzesentziehung frei war. Ist aber kein Zwang da, das Gegentheil anzunehmen, so zweifle ich keinen Augenblick, daß die Behauptung, der Kläger habe die Sache freiwillig aus den Händen gegeben, zur Begründung einer Einrede, nicht aber die entgegengesetzte Behauptung zur Begründung der Klage diente.

Aus der Regel: Hand muß Hand wahren, folgte zunächst, daß der, welchem der Commodatar, Depositar u. s. w. die Sache veräußert hatte, sie nicht wieder herauszugeben brauchte, und dieß war, wie späterhin noch zu erörtern sein wird, der eigentliche Kern des Satzes. Gewiß ist es nun — sofern kein ausdrückliches Zeugniß entgegensteht — das Natürlichste, hier dasselbe processualische Verhältniß anzunehmen, welches man ohne jene Regel für den Fall einer vom Eigenthümer vorgenommenen Veräußerung ohne Zweifel zugeben würde. Der Auctor des Beklagten setzte dem Kläger die Einrede entgegen, er habe ihm den Besitz der Sache freiwillig übergeben, gerade, wie er eingewandt haben würde, der Eigenthümer habe ihm die Sache verkauft.

Aus der erwähnten Regel folgte ferner, daß, wenn der Beklagte oder sein Gewährsmann die Sache auf unredliche Weise dem Besitz des Commodatars entzogen hatte, nicht der Eigenthümer, sondern nur der Commodatar mit der Klage durchdringen konnte. Auch in diesem Fall wandte, wie ich annehme, der Beklagte oder sein Auctor ein, daß er die Sache nicht dem Eigenthümer, sondern dem Commodatar entfremdet habe, und er war zu dieser Einrede genöthigt, wenn er nicht doppelt in Anspruch genommen sein, dem Eigenthümer die Sache herausgeben, und dem Commodatar Ersatz leisten wollte.

Die vorhin erwähnte Stelle des verm. Sachsenſp. (IV, 42, 25) beweiſt nicht gegen unſere Anſicht. Sie würde zunächſt außer Anſatz kommen, wenn, wie wir für möglich hielten, der Eid, welchen ſie vorſchreibt, nur als eine Art Gefährdeeid zu betrachten wäre. Wenn er aber, wie nach dem bairiſchen Landrecht, zum Beweis des klägeriſchen Anſpruches ſelbſt diente, ſo würde daraus zwar hervorgehen, daß die Behauptung eines Titels nicht genügte, nicht aber daß die noch weiter erforderliche Behauptung auf Beſitzesverluſt wider Willen gerichtet war, und alſo durch die Regel: „Hand muß Hand wahren" nothwendig gemacht wurde. Denn der Kläger ſchwört ja gar nicht, daß ihm die Sache abgeraubt worden, ſondern, daß das Gut ſein geweſen ſei, do is ome obgeroubet wart, oder, wie es in Diſt. 3 allgemeiner heißt, do he is aller nuwelisten sehe. Das Beſondere der Beſtimmung liegt alſo gar nicht in der Erwähnung des Raubes, ſondern darin, daß der Kläger ſchwören muß, daz is noch sin sy [149]). Es bleibt dabei nur noch zu erinnern, daß dieſer Vermehrung der Beweislaſt, vermöge deren er nicht bloß die Entſtehung ſeines Rechts, ſondern auch den Nichtuntergang bewahrheiten mußte, auch eine Erleichterung rückſichtlich des Beweismittels entſpricht, indem nicht Zeugen, ſondern bloß Eideshelfer verlangt werden [150]).

Was die Frage anbelangt, ob eine wirkliche Vindication möglich war, m. a. W. ob es einen für den Beweis geeigneten abſoluten Erwerb gab, ſo geht Delbrück in der Verneinung derſelben — auch abgeſehn von der rechten Gewere — nach unſerer Anſicht zu weit [151]).

149) Es ſind allerdings auch Stellen vorhanden, nach denen der Eid des Klägers zugleich unmittelbar darauf geht, daß die Sache ihm abgeraubt oder abgeſtohlen ſei. Aber es wird durch dieſe Behauptung wohl nur die allgemeinere Behauptung vertreten, oder ſpecialiſirt, daß die Sache noch ſein ſei. So in Art. 138 des ſächſ. Weichb. (Ludov.), wie aus Art. 130 ebendaſ. hervorgeht.

150) Bemerkenswerth iſt in dieſer Hinſicht die in C. III, 397, des alt. Lüb. R. enthaltene Vorſchrift, nach welcher das Beweisthema zu trennen, und der Rechtstitel durch Zeugen zu beweiſen iſt, die Behauptung dagegen, daß die Sache geſtohlen worden ſei, resp. daß das Recht des Klägers noch fortbeſtehe, durch alleinigen Eid erhärtet werden kann: — unde de andere schal tughen mit guten luden dat dat gut syn sy, unde schal sweren allene dat yd eme affgherouet sy offte gestolen.

151) Abgeſehn von der rechten Gewere und den Arten eines abſoluten Erwerbs, die auch Delbrück (S. 48) zugiebt, iſt für eine ſolche jedenfalls

Inzwiſchen liegt es unſerem Intereſſe ferner, ſie zu beantworten. Ob die rechte Gewere eine wirkliche Erſitzung war, wird im nächſten Capitel unterſucht werden.

Nachdem jetzt feſtgeſtellt iſt, was der Kläger behaupten mußte, um die Klage zu begründen, ſollen einige Fälle beſprochen werden, in welchen nach der gewöhnlichen Anſicht dem Beklagten, ſei es, weil er im Beſitz iſt, ſei es aus irgend welchen andern Gründen, das Beweisrecht zuſtehen ſoll, während ihn nach unſerm Dafürhalten, um des Willen, weil ſeine Behauptung eine Einrede begründet, die Beweislaſt trifft. Zu bemerken iſt vorher nur, daß es noch nicht entſcheidend für die gegneriſche Anſicht iſt, wenn etwa der Ausdruck gebraucht ſein ſollte, der Beklagte ſei näher, mit ſeinem Beweis die Sache zu behalten. Es war nämlich — was wir noch nicht hervorgehoben haben — das Beweisverfahren der Rechtsbücher nicht bloß inſofern, als der directe Gegenbeweis, ſondern auch in der Art, daß der uneigentliche Gegenbeweis ausgeſchloſſen war, ein einſeitiges. Wurde eine Einrede vorgeſchützt, die die Behauptung des Klägers zu elidiren vermochte, ſo kam dann auch der Kläger gar nicht zum Beweis ſeines Klaggrundes, ſondern nur der Beklagte zum Beweis ſeiner Einwendung. Inſofern konnte man denn freilich ſagen, der Beklagte ſei näher, mit ſeinem

---

noch der Erwerb des aufgebotenen Fundes, und wohl auch der Fruchtgewinn zu halten.

Bezüglich des letzteren kommt Sächſ. Landr. II, 36, § 6, in Betracht: **Man mut wol tien uppe mangen gewëren also lange went man kome uppe den, det in sime stalle getogen hebbe, of it ve is, oder it selve getücht hebbe, of it gewant is.** Inzwiſchen iſt die Stelle nicht entſcheidend, und die Gränze, welche ſie für das Zurückgehen auf den Gewährsmann ſetzt, für keine unbedingt geltende zu nehmen, weil neben der Inzucht auch die Fabrication angeführt wird, durch dieſe aber nach dem Richtſt. Landr. das Eigenthum nicht erworben wurde. Einen Beleg, daß der bonae fidei possessor das Eigenthum der Früchte erwarb, enthält dagegen B. II, 44, §. 2 des ſächſ. Landr.: **Sve en gut in geweren hevet, dat ime an irstorven is, oder ime gegeven oder gelegen is, unde he't selve niemanne ne nimt, de ne darf he nicht wedergeven des he dar ut nimt.**

Daß die Specification einer fremden Sache nicht das Eigenthum gab, iſt allerdings in Cap. 17 des Richtſt. Landr. ausgeſprochen. Außer Zweifel ſcheint im Uebrigen, daß ſie wenigſtens einen Titel für die relative Berechtigung gewährte.

Beweiſe die Sache zu behalten. Allein der Vorzug, der damit ausgedrückt wird, iſt an und für ſich kein proceſſualiſcher Vortheil, ſondern eine beſſere materielle Berechtigung. Der Beklagte ſteht nicht deshalb beſſer, weil er beweiſen darf, ſondern deshalb, weil ſeine Einrede als eine ſolche anerkannt wird, welche die Behauptung des Klägers zu elidiren vermag.

So zunächſt, wenn ſich der Beklagte auf rechte Gewere beruft.

Richtſt. Landr. 21, §. 4. Hedde aver ir ene gewere, de spreke sus: her richter, mi is dar umme hir nicht gede gedinget, ic bidde enes ordels, oft gi mi icht scolen dach geven wen tu deme negesten dinge. Dat vintme — Wenne dat ding denne kumpt, so bidde desses ordels: na deme dat tu desses gudes enen bekanden heren hefst, de is di na siner lenware gewert heft jar unde dach, oft tu is icht neger tu beholdende sist, wen is en ander di ab tu winnende, de der were darvet. Dat vintme.

Zu dieſer Stelle iſt fürerſt zu bemerken, daß, obwohl die Partei, welche ſich auf rechte Gewere beruft und den Beweisvorzug beanſprucht, augenſcheinlich auch im gegenwärtigen Beſitz iſt, auf dieſen doch nichts ankommt. Zwar kann man die zu Ende ſtehende Frage dahin verſtehen, daß jene Partei neben dem Beweisvorzug zugleich noch ihren Anſpruch geltend macht, in Ermangelung von allem Beweis die Sache zu behalten. Wahrſcheinlicher iſt es inzwiſchen, daß in dem Satz: „de der were darvet“ „were“ nicht den Beſitz ſchlechthin, ſondern den jährigen Beſitz bezeichnet. Denn auch zu Anfang heißt es ſchlechtweg: „Hedde aver ir ene gewere“, und doch iſt dabei an eine rechte Gewere zu denken, weil, wie ſpäterhin zur Sprache kommen wird, nur dieſe zu einer Antwortsfriſt berechtigte. Was nun aber den Beweisvorzug anbelangt, den der Beklagte hier in Anſpruch nimmt, ſo würde bei zweiſeitigem Verfahren zunächſt der Kläger zum Beweis ſeines Klagegrundes, der entweder bloße Belehnung, oder ebenfalls rechte Gewere ſein konnte, gelangen. Der Beklagte dagegen könnte durch die Einrede der rechten Gewere und resp. der jüngern rechten Gewere das allerdings entſtandene Recht des Klägers oder ſeines Auctors als untergegangen hinſtellen, und der Beweis dieſer Einrede würde ohne Zweifel als eine Laſt angeſehn werden. Vermöge der Einſeitigkeit des Verfahrens kommt nun der Kläger zum Beweis der Belehnung erſt, wenn der Gegner

seine Einrede nicht zu bewahrheiten vermag. Allein dieß verändert das Verhältniß doch nicht in der Art, daß hier ein Vortheil wäre, was dort eine Last ist. Der Beweis der Einrede bedingt ja den Sieg des Beklagten ganz in demselben Maß.

Ebenso verhält es sich, wenn der Beklagte behauptet, eine Sache gefunden, ordnungsmäßig aufgeboten, und sechs Wochen innegehabt zu haben. Was die betreffende Stelle des Richtsteigs Landr. (12, §. 2) über den Beweis dieser Behauptung sagt, bietet durchaus kein Bedenken dar.

Von dem Fall, in welchem der Beklagte behauptet, die Sache von dem Kläger selbst[152]) gekauft zu haben, handelt Art. 4, §. 1, des sächs. Landr.:

---

152) Des Falles, in welchem der Beklagte behauptet, von einem Dritten erworben zu haben, wird im Texte nicht gedacht, weil es zweifelhaft ist, in wie weit diese Behauptung eine wirksame Einrede war — eine Frage, welche die oben zu lösende Aufgabe nicht unmittelbar berührt, die wir aber gleichwohl nicht ganz übergehen wollen.

Keine Schwierigkeit bietet der Fall dar, wenn beide Theile auf denselben Gewährsmann sich beziehen. Es giebt dann die frühere Uebertragung den Vorzug (Richtst. Lehnr. C. 29, §. 1). Beziehen sich aber die Parteien auf verschiedne Gewährsmänner, so kann der Streit zunächst so zur Erledigung kommen, daß der Auctor des Beklagten nachweist, von dem Kläger erworben zu haben; ferner bei Grundstücken dadurch, daß er sich auf rechte Gewere beruft, bei Mobilien dadurch, daß er angiebt, die Sache gefunden und aufgeboten zu haben, oder daß er Inzucht oder Fabrikation behauptet (Sächs. Landr. II, 36, §. 6). Außerdem sind auch gewisse äußere Gränzen für das Zurückgehen auf den Gewährsmann gezogen, nach den verschiedenen Rechten verschieden, und theils zu Gunsten des Beklagten, theils, wie im Sachsenspr. (II, 36, §. 5), zu Gunsten des Klägers.

Es fragt sich inzwischen, ob der Kläger, bis einer dieser Entscheidungsgründe gegeben war, bei seiner Berufung auf einen Titel, oder seiner Behauptung, den Besitz der Sache raublich verloren zu haben, stehen bleiben konnte, während auf der andern Seite immer weiter zurückgegangen werden mußte, ob also nicht bloß ein anderes Verhältniß als nach römischem Recht, sondern geradezu das umgekehrte Verhältniß statt fand.

Daß dieß keinenfalls angenommen werden darf, geht schon aus Art. 207 des Schwabenspr. hervor, welcher dem Art. 46, B. II, des Sachsenspr. entspricht, und die dort gegebene Entscheidung weiter ausführt. In Art. 46 streiten zwei um Lehen. Der Sachsenspr. aber sagt bloß, daß es darauf ankomme einerseits, wer seinen Gewährsmann stellen, anderseits, wer sich auf rechte Gewere berufen könne; die dazwischen liegenden Möglichkeiten werden nicht berücksichtigt. Im Schwabenspr. dagegen heißt es, daß, wenn beide

Sve so weder eschet, dat he vergeven oder verkoft hevet an varender have, unde besakt he der köpinge oder der gift, jene,

---

Theile ihre Auctoren ſtellen, nun dieſe mit einander zu rechten haben: — und bringen sie beide ir geweren, so rehten die geweren mit einander, und sweders gewern da behebet, der in da lobete ze bringenne, und der ander hat verloren. Es verſteht ſich von ſelbſt, daß der Beklagte dadurch obſiegen konnte, daß ſein Auctor nachwies, von dem Gewährsmann des Klägers erworben zu haben. Allein dabei kann man nicht ſtehen bleiben; obwohl ſich in den ſächſiſchen, und den verwandten Rechtsbüchern keine directen Belege finden, iſt vielmehr zu behaupten: der Beklagte, resp. ſein Auctor, hatte dem Kläger eine wirkſame Einrede entgegengeſetzt, ſobald ſein Titel älter war, als der Titel oder der widerrechtliche Beſitzesverluſt, auf den der Kläger ſich ſtützte.

Ein mittelbarer Beleg hierfür liegt darin, daß in Betreff der Berufung auf Fabrication allgemein ausgeſprochen wird, ſie bilde eine Gränze für das Zurückgehen auf den Gewährsmann (Sachſenſp. II, 36, §. 6). Inſofern die Fabrication keine abſolute Erwerbart war, ſondern nur, wie die Uebertragung, einen Rechtstitel gab, iſt dieſer Ausſpruch jedenfalls dahin zu modificiren, daß der Kläger mit Effect entgegnen konnte, der Stoff des Fabrikates habe ihm gehört. Will man aber den Ausſpruch nicht noch weiter beſchränken, und ſeine allgemeine Faſſung nicht als ganz unbegründet hinſtellen, ſo muß man annehmen, daß der Beklagte vermöge jener Behauptung nicht bloß dann ſiegte, wenn der Kläger angab, die Sache ſelbſt verfertigt, oder vor der angeblichen Fabrication des gegneriſchen Auctors durch Tradition erworben, resp. durch Diebſtahl oder Raub verloren zu haben — in welchen Fällen ſich die gegenſeitigen Behauptungen direct widerſprechen — ſondern auch dann, wenn er nach der angeblichen Fabrication des Auctors die Sache erworben, oder ihren Beſitz raublich verloren haben wollte. In dieſem Fall iſt nun die Behauptung der Fabrication, da ſie der Angabe des Klägers nicht direct widerſpricht, nichts weiter, als eine Berufung auf älteren Titel, und man darf die desfallſige Beſtimmung wohl auch rückſichtlich eines derivativen Titels gelten laſſen.

Ein unmittelbares Zeugniß, daß die Behauptung einer früher erfolgten Uebertragung eine ſtichhaltige Einrede war, liefern die folgenden Stellen. Brünner Schöffenb., 100: Si arrestans dixerit, quod infra tres annos equum perdiderit, et arrestatus obliget se ad probandum, quod ante quatuordecim annos equum emerit, talis probatio est probationi arrestantis praeferenda. Alt. Bamb. R. §. 113: — und wenn er dy zeit benannt und daz allez, und daz der ander denn fur geit es sey ein habs jar oder ein jar, oder ein jar, oder lenger oder kurtzer vor sein gewesen.

Wenn die Uebertragung der Sache an den Beklagten früher erfolgt war, als der Kläger ſie erworben, oder durch Raub verloren haben wollte, ſo kam

die sie under ime hevet, mut sie selve dridde wol behalden der die't sagen.

Richtst. Landr. 13, §. 1.

Nach den Rechten, welche von der mit dem Anefang auftretenden Partei den Beweis verlangen, daß die Sache noch fein fei — dafür aber auch nur einen Beweis mit Eideshelfern fordern — liegt in der fraglichen Behauptung des Beklagten eine Verneinung des Klagegrundes; und der desfallsige Beweisvorzug entspricht dem Recht des Gegenbeweises. Nach dem Sachsenspiegel war es dagegen eine wirkliche Einrede. Wenn es nun gleichwohl in der ausgeschriebenen Stelle desselben und mehr noch in der entsprechenden des Richtsteigs wie eine Gunst erscheint, daß der Beklagte den Kauf und nicht der Kläger das Gegentheil beweist, und zwar wie eine Gunst, die sich an die Gewere des Beklagten knüpft, so hat dieß eine besondere Bewandtniß, und spricht nicht gegen unsere Auffassung. Der Ausspruch erfolgt nämlich mit Bezug auf den Fall, in welchem die hier beklagte Partei ihrerseits aus dem Kaufcontract klagt. In diesem Fall würde die in unsrer Stelle klagende Partei mit ihrer Unschuld, d. h. durch ihren alleinigen Eid, entgehen. Der fragliche Ausspruch weist nun darauf hin, daß durch die Tradition das Verhältniß umgestaltet wird, daß nun dem Verkäufer keineswegs das Recht eines durch bloßen Eid zu führenden Gegenbeweises, oder vielmehr kein dem entsprechender Beweisvorzug, zusteht.

In allen diesen und ähnlichen Fällen soll nach der herrschenden Meinung der Beweis ein Recht, ein Vortheil, sein. Dieses Recht wird zum Theil damit begründet, daß der Beweisende die Rolle des „Angegriffenen" [153]), oder des „Vertheidigers" [154]) habe, und dann mittelbar oder unmittelbar mit der gegenwärtigen Gewere in Verbindung gebracht. Delbrück [155]) knüpft es an die Berufung auf „stärkere Gewere," und tritt damit dem wahren Sachverhältniß näher. Nur ist auszusetzen, daß seine Berufung auf „stärkere Gewere" in gewisser Hinsicht etwas Anderes sein soll, als, um was es sich einfach handelt — eine nach materiellem Recht stichhaltige Einrede. Richtig

es demnach gar nicht dazu, daß an Stelle des Beklagten sein Gewährsmann den Proceß übernahm, sondern dieser wurde nur als Zeuge thätig.

153) Planck, a. a. O., S. 332.

154) Homeyer, Richtst. Landr. S. 484.

155) A. a. O. S. 38, 49 ff.

faßt den Grund der Beweiszutheilung Häuel, indem er geradezu aufstellt, daß zunächst der Kläger, dann als Excipient der Beklagte das Beweisrecht habe [156]). Er sollte nur hierbei nicht stehen bleiben, sondern auch nachweisen, daß dieses scheinbare Recht im Grunde nichts Anderes, als eine Beweislast ist.

Während im Uebrigen der Nachweis dieses Umstandes, soweit es sich um Einreden handelt, den letzten Zweck des vorliegenden Capitels nicht direct fördert, ist es dagegen von unmittelbarem Interesse, ihn in Bezug auf das angebliche Beweisrecht des Klägers darzuthun, also zu zeigen, daß der Beweisvortheil in erster Linie dem Beklagten gegenwärtigen Besitzer, und daß er ihm als eine Beweisfreiheit, resp. als ein dem Recht des directen Gegenbeweises entsprechender Beweisvorzug zukommt.

Um den letzten Punkt vorwegzunehmen, so kommen für seine Feststellung die Fälle in Betracht, in welchen der Beklagte sich auf Fabrication, oder Inzucht beruft. Die Behauptung des Beklagten, das ihm bestrittene Zeug selbst gewirkt, das vom Kläger beanspruchte Vieh in seinem Stalle aufgezogen zu haben, kann zur Begründung einer Einrede dienen; nach Umständen indeß, wenn der Kläger selbst sich auf Fabrication oder Inzucht berufen, oder wenn er eine frühere Zeit angegeben hat, zu welcher er die Sache gekauft, oder ihren Besitz verloren haben will, liegt darin eine Verneinung des Klaggrundes.

Daß nun in diesem Fall der, welcher die gegenwärtige Gewere der Sache hatte, den Beweisvorzug genoß, ist in den Quellen mehrfach bezeugt.

Sächs. Landr. II, 36. Sprict aver jene darweder, of it laken is he hebbe't geworcht, of it en perd is oder ve, he hebbe't in sime stalle getogen, he mut it mit mereme rechte behalden jene die it in geweren hevet, of he't selve dridde siner gebure getügen mach, denne jene de't anegevangen hevet.

Richtst. Landr. 17.

Sächs. Landr. (Sachße), I, 15.

Die angeführte Bestimmung kann zugleich darauf gehen, daß die Berufung auf Inzucht oder Fabrication als eine Einrede die Behauptung des Klägers entkräfte; daß aber der Fall, in welchem sie diese als unwahr hinstellt, wenigstens mit inbegriffen ist, darf nicht bezweifelt

156) Beweissystem des Sachsenssp., S. 147 ff.

werden. Ganz unzweideutig ist in dieser Hinsicht Cod. II, §. 2, des alt. Lüb. Rechts.

Wenn sonach bei einem Widerspruch der gegenseitigen Behauptungen der, welcher die Sache in Gewehren hatte, zum Beweis gelangte, so liegt darin schon ein hinlänglicher Grund für die Annahme, daß diese Partei auch dann, wenn von keiner Seite Beweis erbracht wurde, das Feld behauptete.

Inzwischen fehlt es in dieser Beziehung am allerwenigsten an directen Belegen.

So wird namentlich in dem für unsern Gegenstand sehr wichtigen Art. 36, B. II, des sächs. Landr. klar ausgesprochen, daß der Beklagte nicht schon damit, daß er seinen Gewährsmann nicht benennen kann, oder ihm an demselben Bruch wird, die Sache verliert, daß vielmehr der Kläger erst mit Zeugen sich dazu ziehen muß.

§. 4. Spriet aver jene, he hebbe't gekoft uppe deme gemenen markete, he ne wete weder wene — — Sine penninge verlüset he aver, — unde jene beholt sin gut —, of he sik dar to tiüt uppe'n hilgen selve dridde vulkomener lüde an irme rechte.

§. 7. Selve dridde sal he sik dar to tien de't anevanget hevet, of jene burst wirt an deme geweren.

Für das deutlichste Zeugniß aber, daß im Hintergrunde alles Beweisrechts noch die Beweisfreiheit dessen steht, der die Sache in Gewehren hat, muß es genommen werden, wenn derselbe Artikel mit den Worten beschlossen wird:

Under deme dat gut geanevanget wirt, di sal dat gut halden in sinen geweren, went it ime mit rechte afgewunnen werde.

Diese Belege könnten leicht noch vermehrt werden. Doch halten wir sie für genügend, und es hat sich somit durch unsere bisherigen Erörterungen herausgestellt, daß die Regeln der Rechtsbücher über den Beweisvortheil im Wesentlichen die des römischen und modernen Processes sind. Die Verschiedenheit des mittelalterlichen Processes besteht hauptsächlich in der vollständigen — sowohl einen directen, als einen uneigentlichen Gegenbeweis ausschließenden — Einseitigkeit des Beweisverfahrens, welche jene Regeln wohl in ein anderes Licht rückt, aber keineswegs verändert.

Ehe wir aus diesem Ergebniß unserer Erörterungen über den Beweisvortheil die Consequenzen ziehen, ist noch der Nachweis zu liefern, daß gerade der fehlerlose Besitz den Beweisvortheil gab, daß also,

wenn auch kein selbständiges Possessorium bestanden haben sollte, der Besitz mindestens innerhalb des petitorischen Verfahrens Gegenstand einer Vorfrage war, und ein doppelter Beweisact statt finden konnte.

Zunächst sollte ich denken, daß die allgemeinen Aussprüche der Quellen, in welchen eine eigenmächtige Veränderung des Besitzstandes als Unrecht hingestellt wird, wie sehr man auch ihre Bedeutung einschränken zu dürfen glaubt, zum Beweise wenigstens dieses Punktes ausreichen könnten; um so mehr, wenn ausdrücklich gesagt wird, daß diese Veränderung dem, der sie bewirkt hat, keinen Vortheil bringen solle [157]).

Inzwischen fehlt es nicht an specielleren Belegen. So ist namentlich anzuführen B. II, 25, §. 1, des sächs. Landr.

Wirt aver en man beklaget umme rollike gewere, dar man die hanthaften dat bewisen mach, unde wirt die richtere mit deme gerüchte dar to geladet, de richtere sal volgen to hant, unde richten deme klegere umme den röf — aller erst. Tu hant dar na sal he ine geweldigen siner gewere, of it jene, uppe den die klage gat, nicht ne weder redet mit rechte.

Daß der Zweck dieser fürerst umme den rof anzustellenden Untersuchung gerade die Zuerkennung der Gewere, wenn nicht — wie wir vorläufig noch zugeben — als eines reellen Rechts, doch als einer Voraussetzung des Beweisvortheils, war, ist um so mehr anzunehmen, als diese Untersuchung an und für sich noch nicht die Bestrafung des Räubers zur Folge haben konnte. Denn nach den Stellen, welche wir zu Anfang des Capitels angeführt haben, wurde gerade, soweit es sich um eine Strafe der eigenmächtigen Entwerung handelte, der bloße Besitz noch nicht berücksichtigt; sie setzte vielmehr voraus, daß das Recht an der Sache außer Zweifel war.

Ebenso muß aber auch ein Beleg unserer Behauptung gefunden werden in Art. 96 des schwäbischen Lehnrechts (Laßberg):

Svem man sine gewere mit gewalte nimt, der verliuset weder gewere noch lehen,

und in Art. 77 desselben Rechtsbuchs:

Ob der herre dem man sin gut verteilt mit unrechte, da der

157) Verm. Sachsensp. I, 43, 1. Waz man abir ansprache tud an daz gerichte, das en heyst noch en ist keyne ansprache, unde en ist nicht zcu fulgen zcu lantrechte und zcu wichbilde, daz es ymande schade zcu sime rechten.

man nüt zegegen ist, unde dem clager wiset uf daz gut, unde im die gewer antwurtet, daz schadet jenem nüt, er habe sine gewer für sich.

Was den für die Vorfrage erforderlichen Beweis anbelangt, so konnte und mußte die Partei, welcher eigenmächtige Besitzesentziehung vorgeworfen wurde, und dadurch der Beweisvortheil entrissen werden sollte, sich nach dem früher angeführten, in B. I, 18, 2, des sächs. Landr. ausgesprochenen Grundsatz durch ihren Eid von jener Beschuldigung reinigen. Den Eid abzuwenden war nur das Gerichtszeugniß geeignet, und als ein Surrogat desselben, welches für den gegenwärtigen Fall in Betracht kommt, das Gerüfte, durch welches die handhafte That gewissermaßen in das Gericht verlegt wurde. Gewöhnliches Zeugniß konnte nach jenem Grundsatz, soweit es sich um die Bewahrheitung der Eigenmacht handelte, nicht zur Anwendung kommen. Sofern dagegen diese zugegeben, aber als eine Vertheidigung des Besitzstandes hingestellt wurde, konnte und mußte dann die Behauptung des Klägers, daß er bis zu dem Conflict besessen habe, durch Zeugen erwiesen werden.

Sächs. Lehnr. 74, §. 2. Lenes geweren mut man getügen mit ses mannen des herren. Ene blote gewere getüget en man selve sevede mit unbesculdenen lüden an irme rechte svie si sin.

Ebendas. 38, §. 3.

Landr. I, 20, §. 6. Morgengave behalt dat wif uppen hilgen, die gewere aver mit getügen.

Wenn somit der fehlerlose Besitz die Voraussetzung für den Beweisvortheil bildete, und daher, ehe über das petitorische Recht entschieden werden konnte, Gegenstand einer Verhandlung und Entscheidung sein mußte, so brauchen wir nur auf unsere Behauptung, daß der Beweisvortheil in der Freiheit von der Beweislast bestand, zurückzugehen, um ein Besitzesrecht zu constatiren.

Es muß freilich — wie namentlich aus dem oben citirten Art. 25, B. II, des sächs. Landr. hervorgeht — zugegeben werden, daß die Verhandlung über das petitorische Recht äußerlich von der über den Besitz nicht getrennt war, sondern sich unmittelbar an diese anschloß. Wenn daher der Beweisvortheil nur in dem Beweisrecht bestand, und folgerecht das Beweisverfahren immer ein positives Ergebniß haben mußte, so war die vorläufige Zuerkennung der Gewere nicht die Zu-

erkennung eines reellen Rechts; die wirkliche Gewältigung der Sache folgte ihr entweder gar nicht nach, oder nur vermöge der von dem Sieger erwiesenen petitorischen Behauptungen.

Anders dagegen, wenn der Beweisvortheil eine Beweisfreiheit war. Unter Umständen mußte freilich auch unter dieser Voraussetzung der Erfolg des Possessoriums von dem des petitorischen Verfahrens absorbirt werden. Allein sobald die Partei, der die Gewere aberkannt war, in dem petitorischen Streit nur deshalb unterlag, weil sie keinen Beweis zu erbringen vermochte, war es nur die Folge der possessorischen Verhandlung, wenn ihrem Gegner die Sache gewältigt wurde.

Somit besteht allerdings ein Schutz des bloßen Besitzes und das deutsche Recht des spätern Mittelalters unterscheidet sich von dem römischen Recht lediglich durch die Kürze des Verfahrens, vermöge deren der im Possessorium siegreiche Theil verpflichtet ist, dem Gegner sofort zu antworten. Eine neue Rechtsidee wurde durch die Reception des fremden Rechts keineswegs gewonnen.

Bestand nur ein Recht, nicht zugleich eine Pflicht des Gegners, sofortige Antwort zu verlangen, so war damit die Möglichkeit auch einer äußern Trennung des Possessoriums und Petitoriums gegeben. Es wird weiter unten eine Stelle des Richtsteiges anzuführen sein, welche hierüber Auskunft gibt. Ebenso wird noch ein Fall zur Sprache kommen, in welchem eine Antwortsfrist, und damit die förmliche Trennung des Petitoriums von der im Besitzesstreit siegreichen Partei selbst durchgesetzt werden konnte. Zunächst noch Einiges über den Charakter der auch ohne diese äußerliche Scheidung des Verfahrens anzunehmenden Besitzesklage.

Die in Art. 25, B. II, des Landr. angedeutete Klage **umme roflike gewere** ist eine Klage zur Wiedererlangung des Besitzes. Es fragt sich, ob es nicht auch ein den **interd. retinendae possessionis** ähnliches Rechtsmittel gab.

Das Wesen der **interdicta retinendae possessionis**, soweit sie auf eine Störung gehen, in welcher zugleich eine Bestreitung des dinglichen Rechts liegt, und soweit sie von einer Klage auf Wiedererlangung des Besitzes mehr als dem Namen nach verschieden sind, muß darin gesucht werden, daß sie einen thätlichen Conflict voraussetzen, der noch nicht völlig beendigt ist. Die eine Partei mag, wie dieß nicht leicht anders sein kann, bei diesem Conflict im Vortheil geblieben sein; allein

es kann ihr doch, weil die thätliche Bestreitung des Rechts noch nicht aufgegeben, sondern nur durch einen Waffenstillstand unterbrochen ist, nicht die ausschließliche Macht über die Sache zugeschrieben werden. Daraus folgt die Duplicität jener Interdicte.

Daß nun die Rechtsbücher in der That ein possessorisches Verfahren kannten, welches sich durch diese Zweiseitigkeit charakterisirte, geht aus mehreren Stellen hervor, die von der Ansprache mit gleicher Gewere handeln. Bevor wir dieselben anführen, ist nur die Bemerkung einzuschalten, daß die Nothwendigkeit, zur Vorbereitung des Petitoriums die Besitzesfrage zu entscheiden, um des Willen eher, als nach römischem Recht, umgangen werden konnte, weil für den Beweisvortheil gewisse subsidiäre Gründe bestanden, und es ist in dieser Beziehung insbesondere der Begünstigung des Eigens gegen Lehen, und des Erbeigens gegen gekauftes Eigen zu gedenken [158]).

Wir geben von den erwähnten Stellen zunächst den Art. 21. B. III,

158) Sächs. Landr. II, 43, §. 1. Sve en gut eme seget to lene, unde en ander seget it si sin egen; spreket se't mit geliker were an, jene mut it bat to egene behalden mit tvier scepenen getüge, denne die andere to lene. §. 2. Erft egen mut ok en man bat behalden, den en ander gekoft egen oder gegeven. Verm. Sachsenfp. I, 33, 2. Richtft. Landr. 27, §. 1, 26, §. 5.

Es versteht sich von selbst, daß die auf diese Weise begünstigte Behauptung auch bewiesen werden mußte. Da nun in dem Beweis derselben zugleich der Beweis eines Titels lag, so konnte der fragliche Vorzug nicht schlechthin als Beweisfreiheit wirksam werden, und insofern er doch kein anderer sein sollte, als welchen sonst der Besitz gab, konnte er nur für den Fall wirksam werden, in welchem die gegenseitigen Behauptungen sich aufwogen, oder widersprachen. So, wenn der eine Theil die Sache zu derselben Zeit ererbt zu haben behauptete, zu welcher der andere sie durch Kauf oder Belehnung erworben haben wollte; oder wenn beide Theile vermöge eines ganz oder theilweise gleichzeitigen Besitzes, und zwar der eine in Folge landgerichtlicher Auflassung, der andere in Folge einer Belehnung, die rechte Gewere erlangt haben wollten.

Die Glosse zum Sachsenfp. faßt übrigens die Begünstigung des Eigens gegen Lehen als einen Vorzug nicht des materiellen Verhältnisses, sondern des Beweismittels, nämlich des Landgerichtszeugnisses gegen Lehngerichtszeugniß. Ferner setzt sie die Begünstigung dessen, der die Sache als Erbeigen, gegen den, der sie als gekauftes Eigen in Anspruch nimmt, darein, daß er sich auf keinen Gewährsmann zu beziehen brauche, m. a. W. in den schon besprochenen Umstand, daß Erbschaft an und für sich einen Titel gab. Vgl. auch Homeyer, Richtft. Landr. S. 497, und Hänel, Beweisyft., S. 195.

des sächsischen Landrechts wieder, welchem eine Stelle des Lehnrechts (Art. 40) genau entspricht.

§. 1. Spreket tvene man to wederstride en gut an mit geliker anspracke, unde dat mit gelikeme getüge behaldet, man sal't under sie delen. Dissem getuch solen die rechten ummeseten besceiden, die in deme dorpe oder in den nesten bidorpen geseten sin. Sve de merren menie an'me getüget hevet, die behalt dat gut. §. 2. N'is den ummesetenen nicht wetenlik wie't in geweren hebbe, so mut man't wol besceiden mit enem water ordele, oder die klegere unde up den die klage gat solen dar to sveren, dat sie rechte wisen als it ire si; dar sal die richtere sine boden to geven; svar sie beide up sveret, dat sal man in gelike delen.

Zunächst ist außer Zweifel die Zweiseitigkeit des hier beschriebenen Verfahrens. Sowohl der, welcher zuerst aufgetreten ist, und deshalb als Kläger bezeichnet wird, wie der, upe den die klage gat, haben Beweis zu erbringen. Können beide Theile Zeugen stellen, so soll Potiorität des Beweises — die Mehrzahl der Zeugen — entscheiden. Ist auch hierdurch der Streit nicht zu entrichten, so soll — abgesehn von einem Wasserurtheil, das ausnahmsweise angewendet werden mochte — das Gut getheilt werden.

Daß es sich in diesem Verfahren bloß um einen Beweis des Besitzes handelt, ist schon um des Willen anzunehmen, weil als die Zeugen, welche gebraucht werden sollen, die Umgesessenen genannt werden. Auch widerspricht dem nicht der Eid, welchen beide Parteien vor der Theilung zu leisten haben. Es könnte scheinen, als ob sie mit diesem ihr Recht an der Sache zu beschwören hätten; in der That aber ist er nur darauf gerichtet, daß sie bei dem durch den Gerichtsboten vorgenommenen Augenschein dasselbe Gut gezeigt haben (wisen) [159]), welches sie vor Gericht in Anspruch nehmen. Er hat also nur den Zweck, einer etwaigen Irrung über die Identität des Objectes zu begegnen.

Immerhin könnte man vielleicht zwar zugeben, daß es sich bei dem fraglichen Verfahren nur um den Beweis des Besitzes handele, aber gleichwohl behaupten, daß es nicht eine Vorbereitung des Petitoriums,

159) S. Lehnr. 40, §. 2: — so sal man die sakeweldigen heten sveren, dat sie bewisen na rechte sogedan len als ire si. V. A. 99: — uterque per juramentum locum demonstrabit, quem suum esse dicit.

ſondern ein Verfahren ſei, zu welchem ſich außerordentlichenfalls das Petitorium ſelbſt geſtalte [160]). Es möge daher noch die correſpondirende Stelle des Richtſteiges hier ſtehen, welche hierüber keinen Zweifel läßt.

Richtſt. Landr. (Homeyer), C. 27, §. 3. Ir (der Fürſprecher) ander kunst is, oft se enen wol tu dache laden, alse he kampt, so vorbut sic jene unde wil, dat me up en clage unde wilt darvor hebben, dat me jo deme de were deile de dar antwerdet, unde secht, hebbe gi de were, wes clage gi denne. §. 4. Clagestu denne so vraget he: her richter, ic bidde ens ordels, na deme dat ic dat gut in minen hebbenden weren hebbe, oft ic mine were icht neger tu behaldende si, wen he se mi of tu winnende.

Nach dem Eingang des §. 3 will die Partei, welche die andere vorladen ließ, dieſe nunmehr zur Anſtellung der petitoriſchen Klage verleiten. Die Entſcheidung dieſes Falles aber erfolgt in §. 6, in welchem, weil jede Partei behauptet den Beſitz zu haben, ganz dasſelbe zweiſeitige Verfahren vorgezeichnet wird, wie es die angeführte Stelle des ſächſiſchen Landrechts beſchreibt. Etwas beeinträchtigt wird der Zuſammenhang der Stelle durch die zwiſchen dem Eingang des §. 3, und §. 6

160) Ein ſolches ſcheint allerdings das in Richtſt. Lehnr. 29, §. 5 am Ende, angedeutete Verfahren zu ſein, und der Eid, den die Parteien dort vor der Theilung zu ſchwören haben, iſt wohl auf das petitoriſche Recht zu beziehen (So vindme, se schun beide sweren, dat se to deme gute recht hebben. Wor denne se beide up sweren, dat scal men ene gelike deilen). Allein der Fall, der hier und ſchon in §. 3 u. 4 desſelben Art. behandelt wird, iſt wie ſchon angedeutet, von beſonderer Art. Es wird vorausgeſetzt einerſeits, daß beide Parteien eine gleichzeitige Belehnung beweiſen können, anderſeits, daß der gegenwärtige Beſitz nicht anders als durch außerordentliche Mittel — alſo namentlich Potiorität des Beweiſes — feſtgeſtellt werden kann. Für dieſen Fall wird nun zunächſt (§. 3) eine Vorſchrift gegeben, welche eine Feſtſtellung des gegenwärtigen Beſitzes durch außerordentliche Mittel erſparen ſoll, indem ausnahmsweiſe die frühere Beſitzergreifung als Grund für eine beſſere materielle Berechtigung anerkannt wird, und dieſe Vorſchrift könnte allerdings mit einigem Schein unſern früheren Ausführungen entgegengehalten werden. Sehr wenig kann es uns dagegen anfechten, wenn die Theilung, zu welcher im äußerſten Fall geſchritten werden ſoll, wie es ſcheint, eine definitive iſt. Denn nach den beſondern Vorausſetzungen des Falles könnte eine bloß proviſoriſche Theilung zu keinem andern Ergebniß führen, und würde lediglich ein Umweg ſein.

ſtehenden Sätze. Mit den hier noch wiedergegebenen Worten von „Clagestu“ an wird nur der Gedanke, welcher ſchon in dem vorhergehenden Satz zur Genüge ausgedrückt iſt, weiter ausgeſponnen; höchſtens etwa dahin modificirt, daß die zuerſt aufgetretene Partei den Angriff des Gegners, der ſeinem Vortheil gemäß eine Klage wegen Störung des Beſitzes ſein muß, zwar nicht als petitoriſche Klage, aber doch als eine Klage auf Wiedererlangung des Beſitzes behandeln will. In dem darauf folgenden Satz fragt die eine Partei, ob der Gegner nicht den Grund ſeines Beſitzes anzugeben habe, und es wird dann auf einen jener ſubſidiären Gründe des Beweisvortheils — die Begünſtigung des Erbeigens gegen gekauftes Eigen — hingewieſen. Dadurch, daß dieſer Punkt zur Sprache kommt, ehe noch von dem **judicium retinendae possessionis** die Rede iſt, wird das richtige Verſtändniß der Stelle gefährdet. Inzwiſchen kann es nach dem oben angezogenen Artikel des Sachſenſpiegels, welcher eine Begünſtigung des Erbeigens gegen gekauftes Eigen ausdrücklich nur bei geliker were eintreten läßt, nicht zweifelhaft ſein, daß der fragliche Paſſus nur die Vorwegnahme eines Entſcheidungsmomentes enthält, welches demnächſt wieder bei Seite zu legen war. In §. 6 wird, wie ſchon bemerkt, ganz das nämliche zweiſeitige Verfahren vorgezeichnet, wie es Art. 21, B. III, das ſächſ. Landr. enthält, und die oben ausgeſchriebenen Worte des Richtſteiges laſſen nicht verkennen, daß durch dieſes Verfahren lediglich entſchieden werden ſoll, welcher Theil die petitoriſche Klage anzuſtellen habe.

Einen nicht geringeren Beweis für die Annahme eines **judicium retinendae possessionis** liefert der vorhergehende Theil deſſelben Capitels.

§. 1. Erkricht en din gut unde clagestu dat unde sechst du hebbest it in geweren, unde secht jene he hebbet oc in geweren, so sculdege en dat he sik hebbe dines gudes edder egens underwunden unde nümet unde bidde dat men tur antwerde bide. An desser antwerde hebben etleke vorspreken sunderleke behendichkeit. Underwilen so antwerden se sus: her richter, N. secht, he si unsculdich des dat he N. sines gudes icht neme; so ordelt he vort tum edewart unde wenet, also he dat gesworen hebbe, dat he N. nicht genomen hebbe dat sin were, dat he denne der clage loz si. Alse he dit gesworen heft, so bejegene eme sus unde sprick: her richter, na dem dat he sin recht dar tu gedan heft, dat he des mines nicht genomen heft, so sta ic nu unde bide mi eme vort

vor ju tu rechte unde jewelken manne umme dat vorbenomede gut, unde bede dar vor tu antwerdene. Also do tom anderen unde dridden male. So vrag, sint dat du di dries voreboden hefst, oftu enge not mer darumme liden dorvest. So vintmet di.

Ich erkläre die Stelle folgendermaßen. A tritt, weil B sein Gut an sich zu reißen sucht, mit einer Klage wegen Störung des Besitzes auf. Der Beklagte, anstatt die Handlung zuzugeben, in der jener eine Störung des Besitzes sieht, und nur zu leugnen, daß der Kläger bis dahin besessen habe, leugnet gerade die Eigenmacht, hinsichtlich deren er sich dann durch seinen Eid reinigen kann. Damit hat er sich denn gegen Strafe und etwaigen Schadenersatz gesichert, allein rücksichtlich der Gewere muß er in dem judicium retinendae possessionis unterliegen. Denn er kann nur insofern gegenwärtigen Besitz behaupten, als ein thätlicher Conflict statt gefunden hat, und noch fortdauert. Es bleibt ihm nunmehr nur übrig, auf Wiedererlangung des Besitzes, oder petitorisch zu klagen.

Es kommt inzwischen weniger darauf an, wie sich der Verfasser des Richtsteigs den Sieg des Klägers in dem Besitzesstreit herbeigeführt denkt. Die Hauptsache ist, daß der bisherige Kläger den Gegner nunmehr auffordert, seinerseits zu klagen, und es ergiebt sich zugleich, in welcher Weise ein Aufschub des Petitoriums bewirkt werden konnte. Es war zunächst ein Recht der im Besitzesstreit unterlegenen Partei, sofortige Antwort zu verlangen. Wie der Schluß der Stelle zeigt, konnte aber der Gegner durch feierliche, dreimalige Provocation den Nichtgebrauch dieses Rechts zu einem Verzicht auf die Klage stempeln. Machten beide Theile von ihrem Recht keinen Gebrauch, so war damit die Möglichkeit eines völlig getrennten Petitoriums gegeben.

Wenn hiernach die äußere Trennung eines possessorischen und petitorischen Verfahrens nur ausnahmsweise eintreten mochte, so ist im Uebrigen zu bemerken, daß sie nach andern und zum Theil schon frühern Quellen des deutschen Rechts, als welche bisher berücksichtigt wurden, bereits zur Regel geworden ist.

So findet wohl mit Recht Sandhaas (German. Abh. S. 100) ein vollkommen selbständiges Possessorium schon in dem Landfrieden Friedrichs II. v. 1056 [161]). Ebenso ist ein solches angeordnet in dem

161) §. 9. Si duo homines pro uno beneficio contendunt et unus

Landfrieden, welchen im J. 1281 Kaiſer Rudolph mit den baieriſchen Fürſten vereinbarte, deſſen Beſtimmungen dann in das bairiſche Landrecht v. 1346 übergingen.

B. Landr. C. 205. Swer den anderen anspricht, er hab in seins aigens oder seins lehens entwert mit gewalt an recht, dez er pey nucz und pey gewer siczt, dez laugen sol man nemen mit seinem aide, er mache ez dann war mit zwain, die dez mit im swern und die daz wars wizzen, daz er dez guotz gesezzen sey pey nucz und pey gewer uncz an die zeit, daz er sein entwert sei mit gewalt an recht, so sol in daz gericht wider seczen in sein gewer, und sol damit siczen mit ruo alz lang daz ist, daz er in entwert hat, hab er dann hincz im icht ze sprechen umb daz guot, da sol umb geschehen waz recht ist, und ist er dem richter dar umb schuldig worden ze puozze 65 phunt phenning.

Hervorzuheben iſt hieraus die eigenthümliche Beſtimmung, daß die in den Beſitz vorläufig wieder eingeſetzte Partei darin ſo lange unangefochten bleiben ſoll, als ſie mit Gewalt entwert war. Ihre Faſſung unterſtützt die Annahme, daß das Neue eines derartigen Poſſeſſoriums nicht ſowohl in dem Beſitzesſchutz an und für ſich, als in dem Aufſchub des Petitoriums beſtand.

Auch nach dem Sachſenſpiegel war inzwiſchen, wie ſchon angedeutet, in einem Fall dieſer Aufſchub des Petitoriums unabhängig von dem Belieben des Gegners; nämlich dann, wenn die Beſitzesklage nicht durch einfachen Beſitz, ſondern durch Beſitz von Jahr und Tag begründet war. Von einem völlig ſelbſtändigen Poſſeſſorium iſt in den hieher zu ziehenden Stellen allerdings nicht die Rede; es folgt aber nach dem bisher Geſagten von ſelbſt aus der Geſtattung einer Antwortsfriſt.

Sächſ. Landr. III, §. 1. Svat die man jar unde dach in rechten geweren nicht ne hevet, dar sal he tohant vore antwerden, of man ine beklaget.

Daſ. II, 3, §. 1.

---

super eodem beneficio investitorem producit: illius testimonium cum investitor donum investiturae cognoscit, comes primo recipiat, et si idem probare poterit idoneis testibus, quod absque rapina hoc idem beneficium habuit: remota controversiae materia id obtineat. Quod si de rapina praesente judice convictus fuerit: rapinam dupliciter solvat, beneficio vero careat, nisi, justitia et judicio dictante, illud in posterum requirat.

Auch in dem bairischen Landr. v. 1346 findet sich neben dem Possessorium des vorhin citirten Cap. 205 eine auf jährigen Besitz gegründete Klage [162]). Den Widerspruch, welcher insofern statt findet, als letztere durch das erstere bedeutungslos werden mußte, erklärt Bruns (a. a. O. S. 327) aus dem compilatorischen Charakter des Rechtsbuches, vermöge dessen das ältere Recht neben dem neueren stehen blieb.

Ich glaube nunmehr meine Behauptung, daß nach den Rechtsbüchern bereits ein Schutz des bloßen Besitzes bestand, hinreichend belegt zu haben. Schließlich noch einige Worte, um zu erklären, warum eine Unterscheidung von Besitzesarten, wie sie das römische Recht oder doch die Doctrin der Romanisten kennt, den Rechtsbüchern durchaus fremd ist, und warum ferner eine dem römischen Recht entsprechende Abgränzung des juristischen Besitzes gegen die **detentio nomine alieno** in den Rechtsbüchern nicht gesucht werden darf.

Was den Besitz von Reallasten anbelangt, so haben wir unsere Ansicht über diesen schon im vorigen § ausgesprochen. Wie dort ausgeführt wurde, gehört er nicht dem deutschen, sondern dem canonischen Recht an. Dem Sachsenspiegel ist er noch ganz fremd, und wenn sich in den späteren Rechtsbüchern schon Spuren desselben finden, so erhält man das Institut hier jedenfalls erst aus zweiter Hand. Wirkliche Servituten ferner werden in den Rechtsbüchern noch kaum erwähnt. Es bleiben daher von den Verhältnissen, für welche die Doctrin einen Quasibesitz — insbesondere von der Art, daß der **quasipossessor** zugleich als **detentor nomine alieno** einem Andern die **corporis possessio** wahrt — oder wenn nicht diesen, doch auch keine regelrechte **corporis possessio** annimmt, abgesehn vom Faustpfandrecht, nur gewisse Rechte übrig, die wir in dem ersten Theil unserer Arbeit als eigenthumähnliche bezeichnet haben. Diese sind zwar quantitativ, als Arten einer revocablen Herrschaft, von dem Eigenthum verschieden, rücksichtlich ihrer Qualität dagegen stehen sie ihm gleich, und lassen deshalb kein gleichzeitiges Eigenthum an der Sache zu. Eben deswegen schließen

162) Ueber den jährigen Besitz als Voraussetzung der possessorischen Klage im alten französischen Recht s. Warnkönig, französ. Rechtsgeschichte, II, S. 309 ff.; Bruns, Besitz, S. 358 ff. Rücksichtlich der Beibehaltung dieses Erfordernisses im Code civ. Bruns, S. 447.

aber auch die correſpondirenden Beſitzesrechte eine gleichzeitige possessio mit dem animus dominii aus.

Wie in § 7 gezeigt wurde, iſt nun die Auffaſſung der Rechtsbücher durchaus der von uns vertheidigten Anſicht entſprechend. Insbeſondere wird — um das Recht am Zinsgut noch bei Seite zu legen — das Lehen, und die Leibzucht keineswegs als ein jus in re aliena, ſondern als eine ledigliche Gewere behandelt, der eine eventuelle Gewere des Eigenthümers gegenüberſteht. Damit würde es denn ſehr wenig übereinſtimmen, wenn wir, was die proviſoriſche Berechtigung anbelangt, dem Vaſallen und Leibzüchter nur eine der quasi possessio analoge Gewere zugeſchrieben, und rückſichtlich des Sachenbeſitzes ſie als detentores nomine alieno behandelt fänden.

Daß die Verfaſſer der Rechtsbücher noch keine Ahnung von dem abgeleiteten Beſitz hatten, wird man ihnen nicht verargen. Es läßt ſich inzwiſchen annehmen, daß ſie, auch wenn der Begriff des abgeleiteten Beſitzes ſchon erfunden geweſen wäre, dem Lehnsmann keinen ſolchen, ſondern eine urſprüngliche, regelrechte Gewere zugeſchrieben hätten.

Die Fälle einer detentio nomine alieno ſind dadurch vermehrt, daß im Gebiete des Landrechts das Recht des Zinsmannes am Zinsgut noch nicht anerkannt iſt. Der Zinsmann galt hier einem Knecht oder Verwalter gleich, und konnte daher auch das Beſitzesrecht nicht haben; vielmehr bewies der Gutsherr ſeine Gewere dadurch, daß er nachwies, die Zinſen bezogen zu haben.

Richtſt. Lehnr. 29, §. 2. — so vrage de herre, we dar denne de rechte were an hebbe. So vindme, de den tins dar ut boret.

Richtſt. Landr. 26, §. 6.

Im Gebiet des Hofrechtes dagegen mußte für den Zinsmann dasſelbe gelten, was für den Vaſallen Rechtens war.

Auch abgeſehn von dem Leibzüchter, und resp. dem Vaſallen, iſt hinwiederum das Vorkommen einer detentio nomine alieno beſchränkt, weil auch dem Miether und Pächter ein Recht an der Sache zugeſchrieben wurde, und deshalb auch das entſprechende Beſitzesrecht gegeben werden mußte. Ferner was Mobilien anbelangt, wegen der Regel: „Hand muß Hand wahren", vermöge deren das dingliche Recht ſogar auf den Depoſitar, zwar nur als Klagerecht, aber immerhin doch als eignes Recht übergehen konnte.

Auf der andern Seite finden ſich in Fällen, welche ſich zwar nicht

zur Annahme einer detentio nomine alieno, aber doch für eine Anrechnung des Besitzes eignen, auch Spuren einer solchen. So namentlich in Art. 7, §. 3 des sächs. Lehnrechts:

Svelk herre en gut liet sinen manne, dar mede n'is ime de gewere nicht gevernet jegen sinen herren, of ime sin herre des gudes nicht bekant, so doch sin man von sinenthalven dat gut in geweren hadde.

Wenn hier gesagt wird, daß dem Vasallen durch die Afterverleihung die Gewere nicht gefernt sei, so könnte man dieß zunächst einfach darauf beziehen, daß im Fall einer Apertur das Gut ihm selber, nicht dem Oberherrn ledig wurde. Nach den Worten: „**of ime sin herre des gudes nicht bekant**", ist jedoch, wie auch durch Art. 38 bestätigt wird, mehr darin zu suchen; nämlich die Bestimmung, daß der Vasall im Streit mit dem Herrn den Beweisvortheil genießen, daß ihm also der Besitz des Aftervasallen als Grund eines Besitzesrechts angerechnet werden solle. Der Unterschied aber dieser Anrechnung des Besitzes von einer detentio nomine alieno liegt darin, daß das Besitzesrecht des Vasallen erst mit der Apertur entsteht, nicht gleichzeitig mit dem des Aftervasallen vorhanden ist. Man muß in dieser Beziehung beachten, daß es heißt: „**so doch sin man von sinenthalven dat gut in geweren h a d d e**", nicht: „**in geweren hevet**".

Endlich möge noch zum Beweis, daß man da, wo eine detentio nomine alieno anzunehmen war, auch die Consequenzen dieses Verhältnisses zu erfassen wußte, folgende Stelle des sächsischen Lehnrechts angeführt werden.

Art. 62, §. 1. **Nieman ne mach sime herren gut mit der gewere untvören des a m m e c h t m a n he is, of he't eme to lene seget, went ime sin herre al sin gut in sine gewere bevolen hevet.**

Man wird hierin nicht die mehr als unnöthige Bemerkung finden wollen, daß niemand dadurch, daß ihm ein Gut zur Verwaltung übergeben, das Eigenthum oder Lehnrecht daran erwerbe. Offenbar soll ausgedrückt werden, daß dem Verwalter im Streite gegen den Herrn wegen seiner Detention noch nicht der Beweisvortheil, das Besitzesrecht, zukomme.

§. 11.

Rechte Gewere.

Die Verjährung von Jahr und Tag, welche sich in den Quellen des spätern Mittelalters findet, ist nach dem, was wir von der vorausgegangenen Rechtsentwickelung mit Sicherheit wissen, eine ziemlich auffallende Erscheinung. Die Volksrechte haben zum Theil gar keine, zum andern Theil, wie auch die Capitularien, eine dem römischen Recht entlehnte 30jährige Verjährung [163]). Ein Uebergang von dieser zu der rechten Gewere ist nicht ersichtlich.

Gleichwohl besteht die Anforderung, das Institut mit dem älteren Recht zu verknüpfen; um so mehr, je näher es an die Zeit der Volksrechte und Capitularien heranzurücken ist.

Die Rechtsdenkmale, welche hier hauptsächlich in Betracht kommen, sind nun freilich erst die Rechtsbücher und Statuten des 13ten Jahrh. Inzwischen gehören einzelne Urkunden, in denen das Institut ausdrücklich bezeugt ist [164]), schon dem vorhergehenden Jahrhundert an, und

163) S. Unterholzner, Verjährungslehre, I, S. 67 ff.

164) Stadtr. v. Soest v. 1120, §. 34. **Quicunque de manu scultheti vel ab eo qui auctoritatem habet, domum vel aream vel agros, vel mansum receperit, et per annum et diem legitimum quiete possederit, si quis in eum agere voluerit, possessor tactis reliquiis sola manu obtinebit, et sic de cetero sui warandus erit, nec amplius supra predictis gravari poterit.** Urk. K. Friedrichs I. v. 1182: **Si quis curtem aut domum per annum et diem sine contradictione possederit, nulli hoc interim scienti ultra respondeat.**

Charte von Roye v. 1183, art. 3: Si quis rem aliquam in pace anno et die tenuerit, deinceps libere et quiete possideat, nisi aliquis

ein noch bedeutend höheres Alter muß ihm zuerkannt werden nach einem Zeugniß, welches die Constitut. Sicul. Friedrichs II. liefern.

Lib. III. tit. 32. Duram et diram consuetudinem et iniquam, quae circa praescriptiones in aliquibus regni nostri partibus hactenus obtinet, in posterum silere praecipimus, et praesentem legem circa ipsas inducimus, omnibus aliis ipsi contrariis inter regni nostri fideles omnino sublatis. Sancimus igitur praescriptionem anni, mensis, diei, et horae, per quam aliquis de dominio suae rei cadebat, et Franeus de dissasina quaeri non poterat, penitus amoveri, sed generales praescriptiones communis iuris locum habere, scilicet inter praesentes decennii, inter absentes vicennii, praecedente scilicet titulo et bona fide ex utraque parte undique concurrente.

Der Beweis für ein verhältnißmäßig hohes Alter des Instituts liegt weniger in den Worten: „quae hactenus obtinet", als darin, daß es bei der französisch-normannischen Bevölkerung Siciliens überhaupt in Geltung war. Denn es muß angenommen werden, daß sie es aus ihrer Heimath mitgebracht hatte, und man wird nicht zu weit gehen, wenn man darnach seine Anfänge mindestens bis in das zehnte Jahrhundert zurückverlegt.

Um so mehr ist man darauf hingewiesen, den schroffen Gegensatz, in welchem es dem Anschein nach zu dem Recht der leges barbarorum und Capitularien steht, auszugleichen; und diese Ausgleichung ist in der That zu bewerkstelligen, wenn man nur rücksichtlich des Actes, der unter den möglichen Anfangspunkten der rechten Gewere der bei Weitem wichtigste ist — der gerichtlichen Auflassung — ein herrschendes Vorurtheil, das schon oben von uns bekämpft wurde, aufgeben will.

Ohne Zweifel ist, wenn die Entstehung des Instituts und insbesondere die Zulassung einer so kurzen Verjährungszeit erklärt werden soll, ein Hauptgewicht zu legen auf die Oeffentlichkeit jenes Actes, der

---

extra provinciam egressus fuerit, aut aliquis emancipatus super hoc clamorem fuerit. Charte von Pontoise v. 1188, art. 11: Concedimus etiam ut res quascunque juste et legitime emerint, aut per vadium acceperint, quod quidem postea per annum et diem in pace sine calumnia tenuerint, nec cuiquam inde justitiam vetuerint, in pace et quiete semper habeant ipsi et heredes sui, empta sicut empta, vadia sicut vadia. Noch andre Urkunden aus dieser Zeit bei Warnkönig, Franz. Rechtsgesch. 2, S. 326.

den rechtmäßigen Anfang der Verjährung bildete; insofern nämlich vermöge dieser Oeffentlichkeit derjenige, dessen Anspruch verjähren sollte, regelmäßiger Weise nicht bloß Kenntniß von dem ihn verletzenden Vorgang erhielt, sondern ihm auch Gelegenheit zu sofortigem Widerspruch geboten war. Allein nach der herrschenden Ansicht mußte die Uebertragung von Grundstücken von Anfang an vor Gericht geschehen; die Vorbedingung jener Verjährung war also von jeher erfüllt, und die Möglichkeit, auf dieser Seite einen Gesichtspunkt zu gewinnen, unter welchem sie als das Ergebniß nicht eines Umspringens in das entgegengesetzte Princip, sondern einer wirklichen Entwickelung erscheint, fällt damit weg.

Nach unserer Ansicht dagegen ist die gerichtliche Auflassung den Volksrechten fremd. Sie wird nur in der **lex Ripuariorum**, jedoch nicht als die ausschließliche Form, angeordnet, und in der lex Salica ausnahmsweise für die Affatomie vorgeschrieben. Auch das mehrbesprochene Capitulare Ludwig des Frommen von 813 setzt die außergerichtliche Besitzesübergabe als die regelmäßige Form voraus. Wenn daher in der mittleren Zeit die Auflassung vor Gericht als die durchgängige und ausschließliche Weise der Uebertragung von Grundstücken erscheint, so ist dieß eine Aenderung, welche erst unter den spätern Karolingern begonnen haben kann.

Wir nehmen nun an, daß mit dieser Aenderung zugleich das Institut der rechten Gewere aufkam, und als Anzeichen einer solchen Rechtsentwickelung gewinnen für uns manche Stellen der Volksrechte und Capitularien, die sonst — so weit es sich um die rechte Gewere handelt — bei Seite gestellt werden müssen, eine höhere Bedeutung.

So Tit. 53, 8, der L. Ripuar., in welchem allerdings nicht von einer Verjährung die Rede ist, wohl aber, wenn wir nicht irren, der gerichtlichen Auflassung die Kraft ertheilt wird, das Eigenthum absolut zu übertragen. An die Stelle der absoluten Wirkung der Auflassung könnte dann in der Folge leicht eine kurze Verjährung getreten sein, deren Anfangspunkt die Auflassung bildete.

Si quis interpellatus chartam prae manibus habuerit, nulla ei malo ordine invasio requiratur; quia dum interpellatur, respondeat ad interrogationem et sine tangano loquatur et dicat: Non malo ordine, sed per testamentum hoc teneo.

Wie man sich aus unseren Ausführungen in § 7 erinnern wird, bedeutet in der **Lex Ripuar.** die Voraussetzung einer **charta** so viel, wie

die einer gerichtlichen Auflassung, indem die charta nur vor Gericht erlangt wird. Wenn nun mit derselben hier ein besonderer Vortheil verknüpft wird, so könnte man allerdings geneigt sein, diesen lediglich in dem „sine tangano loqui“ zu suchen. Die Bedeutung des Wortes tangano [165]) ist noch nicht hinlänglich festgestellt; doch ist so viel unzweifelhaft, daß die charta dann nur in der Eigenschaft eines Beweismittels ausgezeichnet würde, und ist in dem „sine tangano loquatur“ wohl dieß enthalten, daß es bei dem Beweis mit der Urkunde, sofern nur ihre Echtheit unangefochten blieb, sein Bewenden hatte, daß ihre Glaubwürdigkeit durch kein Beweismittel, insbesondere nicht durch den Zweikampf angefochten werden konnte [166]). Allein der Anfang der Stelle, und die Schlußworte: „Non malo ordine, sed per testamentum teneo“, lassen annehmen, daß es sich um mehr, als die bloße Beweiserleichterung, handelt, und diese Annahme wird unterstützt durch das, was in dem vorhergehenden Theil des Titels über den Beweis der Echtheit der Urkunde gesagt wird.

Ihre Echtheit zu vertreten, ist zunächst Sache des cancellarius. Für den Fall aber, daß dieser inzwischen verstorben ist, heißt es:

— tunc ei liceat, qui rem comparaverit, cum tribus chartis, quas ipse cancellarius scripsit, absque pugna chartam super altario positam idoneare. Quodsi venditor vel heredes supervixerint, ipsi testamentum defendere debent, aut multam incurrere.

Man sieht nicht, was diese letztere Bestimmung sollte, wenn trotz der gerichtlichen Auflassung eine Eviction des Grundstückes möglich war. In diesem Fall mußte der Verkäufer, sobald er einmal einräumte, das Grundstück dem Beklagten veräußert zu haben, an seiner Stelle den Proceß übernehmen, und auf die Echtheit der Urkunde konnte es nicht weiter ankommen. Die Bestimmung erklärt sich nur, wenn die charta, resp. die mit ihrer Ausstellung verbundene gerichtliche Auflassung, die Kraft hatte, das Eigenthum absolut zu übertragen.

Ebenso ist aus dem longobardischen Recht, nach welchem, wie oben gezeigt wurde, erst seit Lothar I. die gerichtliche Auflassung zur Uebertragung von Grundstücken erforderlich war, folgende, schon oben erwähnte, Bestimmung desselben Königs anzuführen.

165) Vgl. Grimm, RA. S. 5; Rogge, Gerichtswesen, S. 217 ff.
166) Vgl. Sachße, Beweisverfahren, S. 211.

Leg. L. Loth., 30. De his, qui proprietates suas habent et spontanea voluntate alicui delegaverint, et postea fraudulenter ab aliquo alio ignorante pretium de iisdem rebus venumdatis accipiunt; et cui ipsae res prius traditae fuerint, cognito negotio anno integro silens non contradixerit, sed propter illusionem tacens fuerit, ut emtorem illudere possit: si intra patriam per anni spatium, ut dictum est, tacens fuerit, prior traditio nil ei valeat.

Die hier getroffene Einrichtung hat freilich dann sehr wenig mit der rechten Gewere gemein, wenn man annehmen will, daß es nach der Absicht des Gesetzgebers auf den besondern Nachweis einer Unredlichkeit des ersten Käufers ankommen soll. Nicht bloß daß dann der Umfang der Anwendbarkeit der von ihm angeordneten Verjährung im Vergleich zu letzterem Institut äußerst gering wäre, es fehlte auch die Möglichkeit, sie an die gerichtliche Auflassung anzuknüpfen. Inzwischen wird durch den Satz: „sed propter illusionem tacens fuerit", das unredliche Stillschweigen schlechthin dem cognito negotio contradicere gegenübergestellt, und man hat die Wahl, darin, sofern man durch die Worte „propter illusionem" eine weitere Bedingung nachgetragen glaubt, eine Ungenauigkeit, oder aber die Aufstellung einer Präsumtion zu finden. Letzteres möchte wohl das Richtige sein, und die Voraussetzungen der Verjährung wären demnach schon dadurch erfüllt, daß der erste Käufer um den zweiten Kauf wußte, und gleichwohl schwieg. Allein auch mit der Voraussetzung, daß der erste Käufer um das spätere Geschäft wußte, möchte es sich wieder ähnlich verhalten. Auch bei der rechten Gewere suspendirt das Nichtwissen des Gegners die Verjährung; allein „die Frage nach dem Momente der Wissenschaft ist nicht von einer speciellen Erörterung bei jedem einzelnen Individuum abhängig, sondern entscheidet sich zunächst nach einer allgemeinen Präsumtion, dergestalt, daß von allen Gegenwärtigen, d. h. von allen innerhalb eines gewissen Bezirks Anwesenden angenommen wird, ihnen sei der Uebergang des Guts in die Hand eines Andern nicht unbekannt geblieben, eine Präsumtion, die durch die Publicität des Actes, woran der Anfang der Gewere des Gegners geknüpft war, sich rechtfertigt (Albrecht, S. 114)." Wenn nun in unserer Stelle der Gesetzgeber fortfährt: „si intra patriam per anni spatium tacens fuerit", so darf aus diesen Worten geschlossen werden, daß hier die gleiche Präsumtion statt findet.

Daß es dann umſoweniger auf die ſpecielle Erörterung einer unredlichen Abſicht des erſten Käufers ankommen kann, iſt einleuchtend.

Die hier angeordnete Verjährung iſt freilich trotzdem von der rechten Gewere noch ſehr verſchieden. Die Dispoſition, die ausdrücklich nur von einem Kauf ſpricht, darf, nach ihrer Motivirung durch eine Unredlichkeit des erſten Käufers, jedenfalls nicht über die Fälle eines oneroſen Erwerbs hinaus erſtreckt werden, und der Unterſchied wird noch größer, wenn man auch rückſichtlich des Umſtandes, daß hier beide Intereſſenten dieſelbe Perſon zum Auctor haben, eine ausdehnende Interpretation für unzuläſſig hält. Auch iſt nicht ausdrücklich geſagt, daß der zweite Käufer die Verjährungszeit hindurch die Sache beſeſſen haben muß, und iſt anzunehmen, daß dieſe Verjährung nicht bloß durch Anſtellung einer Klage, ſondern ſchon durch die Nachricht von der früher geſchehenen Veräußerung unterbrochen werde. Immerhin aber wird man zugeben, daß hier ein bemerkenswerther Anſatz zu dem Inſtitut, welches wir in den Rechtsbüchern des 13ten Jahrhunderts finden, gegeben iſt.

Auch in dem ſalfränkiſchen Recht könnte man eine Spur der rechten Gewere finden wollen; wenn es nämlich in der bekannten Stelle über die Affatomie heißt: Postea (d. h. wie ich annehme, nach dem Tod des Vergebars) aut ante regem aut in mallo illi, cui fortunam suam deputavit, reddere debet, et accipiat postea festucam in mallo ipso ante duodecim menses ipse, quem heredem deputavit, in laisum suum jactet et nec minus nec majus, nisi quantum ei creditum est.

Es ließe ſich denken, daß der Honorirte hierdurch auf die Einhaltung der Jahresfriſt hingewieſen werde, weil, wenn er ſie verſtreichen ließ, der Mittelsmann eine rechte Gewere erwarb. Inzwiſchen gehört es ja zu dem Weſen dieſes Geſchäfts, daß das Eigenthum in der That durch die Perſon des Mittelsmannes hindurch geht; der Honorirte kann nur einen Anſpruch auf Rückübertragung haben. Daß dieſer Anſpruch untergehe, wenn er nicht binnen eines Jahres geltend gemacht werde, kann nun allerdings der Sinn der fraglichen Worte ſein. Indeſſen ſteht dann die Beſtimmung mit der rechten Gewere in keinem unmittelbaren Zuſammenhang; ſie gehört hieher nur, inſofern darin die Jahresfriſt ſchon als ein für den Erwerb und Verluſt der Rechte wichtiger Zeitabſchnitt auftritt.

In eben dieſer Beziehung ſind aber noch andere Stellen anzuführen.

L. Sal. 47, 4. Si — quis migraverit in villam alienam, et ei aliquid infra XII menses — contestatum non fuerit, securus ibidem consistat, sicut et alii vicini.

Cap. a 813, 11. Cujuscunque hominis proprietas ob crimen aliquod quod idem habet commissum in bannum missa fuerit, et ille re cognita, ne justitiam faciat, venire distulerit, annumque et diem in eo banno illam esse permiserit, ulterius eam non adquirat, sed ipsa fisco nostro societur. Debitum vero — solvatur. Quodsi non de alia re, sed de ipsa proprietate quae in bannum missa fuit — fuerit interpellatus — per praecepti nostri auctoritatem in jus et potestatem hominis qui eam quaerebat, si sua esse debet, faciamus pervenire [167]).

Die rechte Gewere selbst ist freilich in der ersten Stelle — die von der Ersitzung des innerhalb einer fremden Markgemeinde occupirten Gemeindelandes handelt — sowenig, wie in der zweiten zu finden. Wohl aber enthalten sie etwas Verwandtes, und machen es wahrscheinlich, daß es nur noch eines Anstoßes bedurfte, wie ihn das allgemeinere Aufkommen der gerichtlichen Auflassung geben konnte, um das Institut in das Leben zu rufen.

So viel zur Geschichte der rechten Gewere. Was die Gestalt anbelangt, in der das Institut in den Quellen seit dem 13ten Jahrh. auftritt, so ist hauptsächlich bestritten, ob man darin eine Ersitzung oder nur eine Extinctivverjährung zu sehen habe. Manche Rechtsgelehrte wollen es inzwischen nicht einmal für eine Extinctivverjährung gelten lassen, sondern sehen darin nur die Einräumung gewisser processualischer Vortheile, durch welche es in der Wirkung allerdings einer Verjährung nahe gekommen sei [168]).

Nach dieser letztern Meinung enthielt das Institut zunächst eine Modification des bekannten deutschen Grundsatzes, vermöge dessen der

---

167) Dazu L. Long. Pipini, 32. De rebus forfactis, quae per diversos comitatus sunt, volumus ut ad Palatium pertineant transacto anno et die. Capit. Lud. II a. 856: — si autem ad quartum mallum venire contemserit, possessio ejus in bannum mittatur. Et si infra annum non venerit, de rebus ejus, quae in bannum missae sunt, rex interrogetur, et quidquid inde judicaverit fiat.

168) So Walter, Rechtsgeschichte, §. 499. Auch Homeyer, Sachsenssp. 2, II, S. 408, ff.

mit der Vindication Belangte seinen Auctor zu stellen, und dieser den Proceß an seiner Statt zu übernehmen hatte, und welchen gegenüber dem römischen Recht sehr scharf die Formel Edict. Roth. c. 234 ausspricht: „**Longobardus semper dat auctorem et nunquam stat loco auctoris, at Romanus semper stat loco auctoris, et nunquam dat auctorem**“. Mittelst der rechten Gewere war der Beklagte in den Stand gesetzt, den Proceß selbst durchzuführen. Eine weitere Wirkung derselben bestand aber darin, daß er in diesem Proceß sein Eigenthum ohne Zeugniß, durch seinen alleinigen Eid, erweisen durfte. Sie bewirkte also keine Veränderung, welche unmittelbar das materielle Recht ergriff, sondern lediglich eine selbstständige und rücksichtlich des Beweismittels erleichterte Vertheidigung des Rechts, und das Thema jenes Eides müßte demnach die ganze Reihe von Thatsachen gewesen sein, welche sonst durch das Zugeständniß der Gewährsmänner, und resp. von dem Gewährsmann, bei dem die schließliche Entscheidung eintreten mußte — durch Zeugniß dargethan wurden; sei es nun, daß der Eid ausdrücklich auf sie gerichtet war, oder daß allgemein Eigenthum beschworen wurde.

Dieser Ansicht können wir keinenfalls beitreten. Daß der, welcher sich auf rechte Gewere stützte, sein eigner Gewährsmann sein konnte, hatte nicht eine bloß processualische, sondern eine materielle Bedeutung. Die Befugniß, das Eigenthum durch den alleinigen Eid darzuthun, wird allerdings als eine Folge der rechten Gewere mehrfach bezeugt; allein sie bestand noch n e b e n jener materiellen Wirkung, und es muß die rechte Gewere als eine Verjährung getrennt werden von der rechten Gewere als dem bloßen Besitz von Jahr und Tag, insofern dieser für sich allein schon besondere rechtliche Wirkungen hatte.

Im vorigen §. wurde schon angegeben, daß der jährige Besitz ausnahmsweise dazu berechtigte, eine Antwortsfrist zu verlangen und somit zu einem vollständig getrennten Possessorium führen konnte. Zu diesem Vortheil kommt nun — übrigens ohne daß es dabei auf gegenwärtigen Besitz ankäme — eine weitere Begünstigung, welche das Beweismittel betrifft, die Zulassung des Einhandeides.

Daß dieser Vortheil nicht zusammenfällt mit der Wirkung, welche die rechte Gewere hatte, wenn zu dem Besitz von Jahr und Tag ein rechtmäßiger Anfang — insbesondere die gerichtliche Auflassung — hinzutrat, und daß diese Wirkung in einer wahrhaften Verjährung bestand,

kann, wie uns scheint, keinem Zweifel unterliegen. Einmal sind zahlreiche Quellenzeugnisse vorhanden, welche geradezu sagen, daß der, welcher sich auf rechte Gewere berufen kann, gegen jede Ansprache geschützt sei [169]), und unmöglich auf eine bloße Beweiserleichterung bezogen werden können. In andern Urkunden ferner fehlt nicht bloß eine Erwähnung des Einhandeids, sondern wird ausdrücklich ein Beweis durch Zeugniß verlangt [170]), und gleichwohl dem, der sich auf rechte Gewere stützt, der Sieg zugesichert. Endlich wird im vermehrt. Sachsenssp. I, 43, 3, das Thema des Eides bestimmt angegeben, als solches aber lediglich die geschehene gerichtliche Auflassung und keineswegs die Berechtigung des Auctors angeführt.

Die Quellen sind rücksichtlich dieses Punktes in der That so wenig zweideutig, daß wir nicht länger hierbei zu verweilen brauchen; nur über die Ausdehnung, in welcher der — für sich bestehende — Vortheil des Einhandeides zuerkannt wurde, und seine näheren Bedingungen, ist noch Einiges hinzuzufügen.

Der Sachsenspiegel räumt diesen Vortheil ausdrücklich nur dem Vasallen im Streit gegen den Herren ein [171]). Den Fall, in welchem von zwei um ein Gut streitenden Vasallen der eine sich auf rechte Gewere beruft, behandelt Landr. II, 42, 2; allein davon, daß der sich auf rechte Gewere stützende Vasall durch alleinigen Eid sein Recht darthun dürfe, ist nicht die Rede; es wird nur gesagt, daß er es unabhängig von seinem Gewährsmann zu behaupten vermag. Im Richtsteig Lehnr., 29, §. 7, wird für diesen Fall ausdrücklich Beweis durch Zeugniß gefordert. Es liegt deshalb nahe, den fraglichen Vortheil als ein Mittel zu erklären, durch welches dem Uebergewicht begegnet wurde, das der Lehnsherr überhaupt, und insbesondere durch seine Stellung im Lehngericht, über den Vasallen hatte, und daher auf das Landrecht nicht das, was von dem Streite des Mannes gegen den Herrn, sondern

169) Z. B. Berner Handhefte v. 1218, Art. 22; Goslar. Stat. 494, 8; Verm. Sachsenssp. I, 43, 5; Saalfeld. St. 150; Bair. Landrecht v. 1346, C. 188; Stadr. von Ingolstadt, 22.

170) Magdeb. R. v. 1261, §. 16: **Swaz so ein man gibet in hegetem dinge, besitzet her damite jar unde tach an jemannes wedersprache, daz is her neher zu behalden, mit dem richter und mit den schephen, dan iz ime jeman untvuren muge.** Richtst. Lehnr. 29, §. 7.

171) Lehnr. 13, §. 1. Damit übereinstimmt I F. 26, §. 1, u. II F. 33 pr.

das, was von dem Streit des einen Vasallen gegen den andern gilt, anzuwenden.

Inzwischen wird an anderm Ort auch für den Streit des Vasallen gegen den Vasallen der Einhandeid bezeugt [172]), und findet sich auch eine große Zahl unmittelbarer Belege seiner Zulassung im Landrecht [173]). Wenn daher andere dem Landrecht angehörige Urkunden trotz des Besitzes von Jahr und Tag ausdrücklich einen Beweis durch Zeugniß verlangen, so beweist dieß nur, daß eine Uebereinstimmung in diesem Punkt nicht statt fand, und daß man, wie schon geltend gemacht wurde, die Wirkung des jährigen Besitzes nicht in jener Beweiserleichterung aufgehen lassen darf.

Um auf die Voraussetzungen des Einhandeides näher einzugehen, so heißt es in Dist. 2, C. 43, B. 1 des verm. S.: — **daz behilt her mit sines eyns hand of deme stabe, dywile her nicht — gewer beluth. Beluth her gewer, dy muss her selbsybende behalden.** Wir verstehen unter dem Besitz, der hiernach zuvor durch Zeugniß erwiesen werden muß, nicht den Besitz schlechthin, sondern den jährigen Besitz. Allein nach Dist. 3 desselben Capitels scheint es fast, als ob die bloße Behauptung eines Besitzes von Jahr und Tag hingereicht hätte, den Vortheil des alleinigen Eides zu verschaffen. Denn hiernach hat dieser Eid selbst außer der geschehenen gerichtlichen Auflassung auch die Thatsache zum Gegenstand, daß der Schwörende dies Gut über Jahr und Tag in rechten Geweren gehabt habe. Die rechte Gewere brauchte also, wie es scheint, nicht schon das Thema eines vorausgegangenen Beweises gewesen zu sein.

Ohne Zweifel wäre dieß eine sehr auffallende und bedenkliche Einrichtung, und ihr widerspricht jedenfalls das sächs. Lehnr. 13, §. 1, wo es heißt: — **of die man die rechten geweren dar an getügen mach mit seven mannen, des lenes gewere sterct he allene uppe'n hilgen, unde behalt dat gut ane getüch.** Eine Zerlegung der rechten Gewere in die einzelnen Erforderniſſe, welche sie

172) Livländ. Ritterr. 4.

173) Augsburg. Stat. v. 1276 (Freyberg S. 113): — **der sol fürbaz geruet domit sin, mag er is bringen mit sinen zwain vingern als recht is.** — Rüthener Stat, 39: — **deme is dat nar tho behalden mit syner eygen hant over den hilighen.** Soester Stadr. 34. Verm. Sachsenſp. I, 43, 2. S. auch Stobbe, Encyklop. v. Gruber u. Erſch, Th. 65, S. 474.

begreift, wird auch rücksichtlich der Stelle des verm. Sachsenſp. zu demſelben Ergebniß führen.

Zwar kann das Bedenken, welches ſie darbietet, nicht dadurch beſeitigt werden, daß wir unter dem fraglichen Ausdruck die vollkommene rechte Gewere, wie ſie zur Verjährung erforderlich war, verſtehen, und auf den zu einer ſolchen gehörigen und jedenfalls erſt durch den Eid zu erweiſenden rechtmäßigen Anfang recurriren. Denn daß die Gewere ſich auf gerichtliche Auflaſſung gründe, wird, wie ſchon geſagt, noch beſonders als Thema dieſes Eides angeführt.

Allein auch hiervon abgeſehn beſteht außer dem jährigen — und zwar fehlerloſen — Beſitz noch das Erforderniß, daß inzwiſchen keine rechte Widerſprache erfolgte. Es blieb alſo, auch wenn jener erwieſen war, noch eine Thatſache zu bewahrheiten übrig, wegen deren, ſofern ſie allgemeiner gefaßt wurde, die Beſchwörung der rechten Gewere verlangt werden konnte, und die Worte: „**unde habe daz obir jar unde tag in mynen rechten geweren gehad**“ können folgendermaßen umſchrieben werden: „und habe es in der Zeit, in welcher ich es gemäß meinem ſchon geführten Beweis beſeſſen habe, auch ohne rechte Widerſprache beſeſſen“.

Immerhin bleibt noch ein Bedenken. Wenn nämlich hiernach die Thatſache, daß keine Widerſprache erfolgt war, nicht zu der Vorfrage gehörte, alſo eine Vorausſetzung nur für die Verjährung, nicht für den Einhandeid bildete, ſo enthält die Stelle immer noch eine Beſtimmung, welcher anderwärts widerſprochen wird. So — abgeſehn von dem Eingang des cit. Art. 13 des ſächſ. Lehnr. — im ſächſ. Landr. II, 44, §. 1: „**Svelk gut en man in geweren hevet jar unde dach ane rechte wedersprake, die hevet daran ene rechte gewere**“. Denn da hier von einem rechtmäßigen Anfang der rechten Gewere nicht die Rede iſt, ſo kann ſie nicht als eine Verjährung, ſondern zunächſt nur als Inbegriff der angegebenen proceſſualiſchen Vortheile angeführt ſein, und gleichwohl wird verlangt, daß keine rechte Widerſprache erfolgt ſei.

Zur Beſeitigung dieſes Widerſpruchs iſt Richtſt. Lehnr., 29, §. 2, anzuführen. Hier hat ſich die eine Partei auf Beſitz von Jahr und Tag berufen, die andere behauptet, der Beſitz ſei von ihr durch rechte Klage angefochten worden, und fragt, ob er ihr trotzdem zum Nachtheil gereichen ſolle. Darauf heißt es denn: „**So vindme id ne moge, eft he der clage getüch hebbe**“. Der jährige unangefochtene Beſitz bildete hiernach nicht ein zuſammengehöriges Beweisthema, ſondern die

rechtzeitig erfolgte Anstellung der Klage war der Inhalt einer Einwendung des Gegners, die er durch Zeugniß beweisen konnte und mußte. Wurde der Beweis von ihm erbracht, so war der Einhandeid abgeschnitten [174]); wurde er nicht erbracht, so war nach dem Richtsteig ohne Zweifel ein Beweis des Gegentheils nicht erforderlich. Nicht wesentlich verschieden aber ist das Ergebniß, wenn in dem verm. Sachsenſp. von dem, der sich auf rechte Gewere beruft, noch ein Eid über diesen Punkt verlangt [175]), und dieser dann mit dem Eide über die geschehene gerichtliche Auflassung verbunden wird.

Ob rechte Widersprache erfolgt sei, war somit allerdings ebenfalls eine Vorfrage; und wenn hierüber, nachdem der Gegner sie nicht zu seinen Gunsten zu entscheiden vermocht hatte, ein Eid der sich auf rechte Gewere berufenden Partei zugelassen wurde, so war dieß nicht eine besondere Gunst, die durch den jährigen Besitz begründet wurde, sondern eine Folge des an und für sich bestehenden Beweisverfahrens. —

Die Frage, ob die rechte Gewere eine erwerbende, oder nur eine erlöschende Verjährung gewesen sei, wird meist in letzterem Sinn entschieden. Wie mir scheint, mit Unrecht.

Jedenfalls war sie keine bloße Klagverjährung. Zwar sagen die Quellen großentheils nur, daß der, welcher sich auf rechte Gewere stütze, gegen eine Ansprache sicher sein solle, oder daß er näher sei, die Sache zu behalten. Allein nach der Darstellungsweise der mittelalterlichen Rechtsaufzeichnungen kann darin ein Beweis gegen eine Ersitzung nicht gefunden werden. Denn es ist ihnen eigenthümlich, die Regeln von dem Erwerb der Rechte nur unter dem Gesichtspunkt des Rechtsschutzes wieder zu geben; und wie es deshalb nicht befremden darf, daß nirgends geradezu ausgesprochen wird, durch Besitz von Jahr und Tag werde das Eigenthum erworben, so kann es auch nicht auffallen, wenn die Aussprüche über den Schutz, welchen die rechte Gewere begründet, von der dem regelmäßigen Verhältniß gemäßen Annahme ausgehen, daß

174) Oder würde vielmehr dadurch abgeschnitten worden sein, wenn der Richtst. in dem Fall des §. 29, in welchem zwei Vasallen mit einander rechten, ihn überhaupt zugelassen hätte.

175) Es ist dieß wieder ein Beispiel für die schon im vorigen §. (Anm. 150) berührte Erscheinung, daß die Abweichungen der verschiedenen Rechte in Betreff dessen, was jede Partei zu behaupten und zu beweisen hat, durch die Art des Beweismittels wieder ausgeglichen werden.

die ſich auf rechte Gewere ſtützende Partei in dem Beſitz des Gutes ſich befinde, und nicht von dem Fall, in welchem das Gut zufällig wieder in die Hände des Gegners gekommen iſt.

Auch fehlt es nicht an Stellen, in welchen die fragliche Wirkung der rechten Gewere allgemeiner gefaßt iſt [176]); z. B.: „er (der auf jährigen Beſitz ſich Stützende) sol fürbas damit geruhet sein", „nullo jure privabitur", „in pace et quiete semper habeat".

Ganz beſtimmte Zeugniſſe aber, daß, wer Jahr und Tag beſeſſen hat, dieß als Kläger, wie als Beklagter geltend machen darf, enthalten der vermehrt. Sachſenſp. und der Richtſteig Lehnrechts. In der ſchon angeführten Diſt. 2 des erſteren wird unzweideutig geſagt: Wo eyn man gud adder eyn eygen anspricht, — unde daz jar unde tag gehabt had in siner gewer ane rechte weddersprache u. ſ. w. Im Richtſt. 29, §. 2, aber berufen ſich beide Theile auf rechte Gewere: Spreke aver orer islik, se hedden dat gehad ses weken unde en jar in geweren, so vrage de here, we dar denne de rechte were an hebbe. So vindme de ten tins dar ut boret. Spreken se denne beide, se hedden den tins dar beide ut geboret, so vrage de here enes rechtes, eft si en icht vor deme jare scalen hebben dar ut geboret. Dat vindme. Up welkeren denne dat kumpt de vrage, sint he dat in olderen [177]) weren hebbe, eft he des icht neger to beholdene si. Dar vrage jegen, sint he dat clagede u. ſ. w. Mit den letzten Worten geht der Verfaſſer auf das Erforderniß, daß inzwiſchen keine rechte Widerſprache erfolgte, über; davon aber, daß die rechte Gewere nur von dem Beklagten, vermittelſt einer Einwendung, geltend gemacht werden könne, wird, wie man ſieht, gänzlich Umgang genommen.

Ein entſcheidender Grund, um die rechte Gewere für eine Erſitzung, nicht für eine bloße Klagverjährung, zu erklären, iſt endlich darin zu finden, daß eine der Verjährungszeit entſprechende Friſt geſetzt iſt, bis zu welcher der Auctor, der ein Grundſtück vor Gericht aufließ, wegen Eviction haftet. Er iſt zur Evictionsleiſtung nur Jahr und Tag ver-

176) Augsb. Stat. a. a. O.; Urk. Herz. Otto's v. Braunſchweig (Pufendorf, observ. II, app., p. 10); Charte v. Pontoise a. a. O.

177) Davon daß mit der olderen were nichts Anderes, als eine rechte Gewere, gemeint ſein kann, war ſchon im vorigen § die Rede.

pflichtet [178]). Diese Beschränkung der Gewähr ist unbedingt ausgesprochen, und man wird schwerlich annehmen wollen, daß der Erwerber eines gerichtlich übertragenen Grundstücks für den Fall, daß er nach Jahr und Tag den Besitz zufällig verlor, gänzlich bloß gestellt sein sollte.

Eine bloße Klagverjährung ist somit die rechte Gewere keinenfalls. Worin aber, dieß zugegeben, noch ein Grund liegen soll, ihr den Charakter einer Ersitzung abzusprechen, ist nicht zu ersehen.

Man macht geltend, daß sie nur relativ, in Bezug auf bestimmte Personen, wirke [179]). Dieß ist, sofern damit gesagt sein soll, daß es zu einer absoluten Wirkung der rechten Gewere gar nicht kommen könne, unrichtig; andernfalls aber steht es unserer Ansicht nicht entgegen.

Die Verjährung von Jahr und Tag ist ausgeschlossen gegen Unmündige [180]), und außerdem bestehen Gründe für ihren Aufschub oder ihre Unterbrechung von ungefähr der gleichen Art, wie die Umstände, welche für die Berechnung des utile tempus der prätorischen Klagen in Anschlag kommen.

So nützte zunächst die entschuldbare Unbekanntschaft mit dem Vorgang, aus welchem Verjährung drohte; doch galt für entschuldbar im Allgemeinen nur die Unkenntniß dessen, der zur Zeit der Auflassung außer Landes gewesen war [181]). Anderseits lief die Verjährung nicht gegen die, welche durch echte Noth [182]): Gefängniß, Krankheit, Gottesdienst außer Landes, und des Reiches Dienst, von der Verfolgung ihres Anspruchs abgehalten waren [183]).

Vermöge dieser Bestimmungen konnte es denn freilich kommen, daß der entgegenstehende Anspruch des Einen noch bestand, während der des

---

178) S. Landr. III, 83, §. 2; Verm. Sachsenſp. I, 44, 2; Goslar. Stat. 494, 13; Bair. Landr. C. 200.

179) Stobbe, in der Encyklopädie von Erſch u. Gruber, Th. 65, S. 467.

180) Albrecht, S. 115, Anm. 251.

181) Albrecht, S. 114. — In Betreff einer ausnahmsweisen Berücksichtigung der Unkenntniß auch in andern Fällen ſ. Sächſ. Lehnr. 38, §. 1.

182) Verm. Sachsenſp. I, 44, 5; 46, 3; III, 7, 1. Sächſ. Landr. I, 28; II, 7.

183) Ueber den Rechtsſtillſtand als Hinderniß der Verjährung ſ. Schwabenſp. 45.

Andern schon erloschen war. Allein dieß widerspricht noch nicht der Annahme einer Ersitzung.

Zwar wird es zur Beseitigung des Einwandes nicht genügen, wenn wir bloß darauf hinweisen, daß ein gleichzeitiger Untergang der entgegenstehenden Ansprüche keineswegs unmöglich war, und daß jedenfalls ein Zeitpunkt eintreten konnte, in welchem alle Gegner sich verschwiegen hatten. Denn es könnte scheinen, als ob wir damit zu dem Ergebniß kämen, daß die rechte Gewere bald eine erwerbende, bald eine erlöschende Verjährung gewesen sei, daß sie insbesondere bis zu dem Zeitpunkt, wo nur einer der Gegner sich noch zu verschweigen hatte, eine Extinctivverjährung gewesen, mit diesem Zeitpunkt aber zu einer Ersitzung geworden sei. Allein wir müssen auch in Abrede stellen, daß aus dem bloß theilweisen Untergang der entgegenstehenden Ansprüche der Charakter einer bloßen Extinctivverjährung folgt. Wie uns scheint, ist die Consequenz nur, daß das erworbene Recht ein geringeres, als das dingliche, ist. Allerdings war demnach das durch jährigen Besitz erworbene Recht, so lange noch nicht alle Gegner sich verschwiegen hatten, von dem Rechte des **bonae fidei possessor**, resp. dessen, der sich auf bloße Auflassung stützte, nur graduell verschieden, und war, wie dieses — wenn man es auch etwa ein dingliches Recht mit relativem Charakter nennen mag — im Grunde nur ein dem dinglichen Recht nahe kommender Complex von persönlichen Ansprüchen. Allein immerhin war es doch ein Recht, und konnte damit, daß alle Gegner sich verschwiegen, sich zum absoluten Recht abrunden. Dieses absolute Recht aber war nichts Anderes, als ein dingliches Recht, und war als solches nicht anders, als durch die Verjährung, erworben.

Auch von den Ersitzungen des römischen Rechts ausgehend, ist man nicht berechtigt, die rechte Gewere wegen der Möglichkeit einer nur relativen Wirkung als eine bloße Extinctivverjährung zu bezeichnen. Es entspricht dieser Möglichkeit bei der Usucapion wenigstens die Bestimmung, daß sie **inter praesentes** in 10, **inter absentes** erst in 20 Jahren vollendet wird; ebenso die ausnahmsweise Unstatthaftigkeit der außerordentlichen Ersitzung.

Wenn endlich durch Klagerhebung nicht bloß die Wirkung der rechten Gewere verhindert, sondern die Verjährungsfrist — rücksichtlich des Klägers — wirklich unterbrochen wird, so daß, wenn die Klage liegen

bleibt, eine neue Verjährung läuft [184]), so begründet dieß wohl eine Verschiedenheit von der Usucapion — ob auch von der außerordentlichen Ersitzung, mag dahin gestellt bleiben — allein für die Verneinung der gegenwärtigen Frage ist es nicht entscheidend. Denn es fällt lediglich unter den Gesichtspunkt des von uns schon zurückgewiesenen Einwandes.

Ich trage kein Bedenken, die rechte Gewere, anstatt von einer bloßen Extinctivverjährung, einem selbstständigen Vertheidigungsrecht, einer potenzirten Gewere, einer höheren Gradation der Gewere u. s. w. zu sprechen, schlecht und recht eine Ersitzung zu nennen [185]); um so mehr, als die übliche Behauptung, daß das deutsche Recht einen Erwerb des Eigenthums durch Verjährung nicht gekannt habe, geeignet ist, einen Hauptunterschied des deutschen und des römischen Rechts in den Schatten zu stellen. Ich meine den Unterschied, daß bei der soweit gehenden Beschränkung der Usucapionsfähigkeit die ordentliche Ersitzung des römischen Rechts sich wenig über ein der bloßen Beweiserleichterung dienendes Institut erhebt, die Verjährung von Jahr und Tag dagegen auch die Bestimmung hat, das an für sich bestehende Berechtigungsverhältniß zu Gunsten dessen, der eine Sache mit gutem Titel an sich gebracht hat, und zum Nachtheil des Unachtsamen, zu verändern, also nicht bloß formell, sondern auch der Sache nach eine Erwerbsart ist.

---

184) Richtst. Lehnr. 29, §. 2: **Dar vrage de ander jegen, eft he der clage jarlikes icht scole vorniget hebben. Dat vindme.** Brünner Schöffenb. 332.

185) Auf die Erforderniſſe der rechten Gewere näher einzugehen, als zum Nachweis dieſes Charakters nöthig war, liegt nicht in unſerer Aufgabe. Rückſichtlich der **bona fides** gilt dasſelbe, was im folgenden §., unter 6, mit Bezug auf den Satz: Hand muß Hand wahren, geſagt wird. Was die Zuſammenrechnung des Beſitzes verſchiedener Perſonen anbelangt, ſo findet ſich nur eine Anrechnung der Beſitzeszeit des Erblaſſers, alſo eine ſ. g. **successio in possessionem**, noch keine eigentliche **accessio possessionis** (ſ. insbeſ. Richtſteig Lehnr. 22, 5). Darauf geht denn auch der viel verſchleppte Satz: **Le mort saisit le vif** (S. die Urk. bei Sandhaas, S. 147). Eine Anrechnung des Beſitzes in weiterem Umfang nimmt für das Lehnrecht Homeyer (Sachſenſp. II, 2, S. 417) an. Ich habe hierfür — abgeſehn davon, daß der Beſitz des Vaſallen, wenn auch nicht nach dem Sachſenſpiegel, doch zu einer nicht viel ſpätern Zeit, dem Herrn angerechnet wird (Vgl. Homeyer, S. 316; Sandhaas, S. 315) — keine Belege finden können.

Die neuern Gesetzbücher folgen in dieser Beziehung dem ältern deutschen Recht [186]).

---

186) Cod. civ. 2265, 2279; Oesterr. Gesetzb. §. 1463; Preuß. Landr. I, 9, §. 585; Zürcher Gesetzb. §. 538.

Ueber den Fortbestand der rechten Gewere im heutigen Recht s. Kraut, Grundr. §. 113. Ein ihr nahverwandtes Institut ist die dreijährige Ersitzung der auf den Namen des Besitzers in das Grundbuch eingetragenen Immobilien, welche das österreich. Gesetzb. (§. 1467) anordnet.

§. 12.

Hand muß Hand wahren.

Sächs. Landr. II, 60, §. 1. **Svelk man enen andern liet oder sat perde, oder en kleid, oder jenegerhande varende have, to svelker wis he die ut von sinen geweren let mit sime willen, verkoft sie die, die sie in geweren hevet, oder versat he sie, oder verspelet he sie, oder wert sie ime verstolen oder afgerovet, jene die sie verlegen oder versat hevet, die ne mach dar nene vorderunge up hebben, ane uppe den, deme he sie leich oder versatte.**

Der in dieser Stelle enthaltene Satz hat eine sehr reiche Litteratur erhalten, und die auf ihn bezüglichen Quellenzeugnisse sind nach allen Seiten hin soweit beleuchtet, daß ein Zweifel, ob wir darin in der That eine originelle Rechtsbildung von größerem Belang zu sehen haben, nicht mehr besteht, und das Urtheil über seine letzte Bedeutung wenigstens beträchtlich vorbereitet ist. Gleichwohl ist das Ergebniß der bisherigen Erörterungen nicht in der Weise befriedigend, daß man die Discussion für geschlossen erklären könnte.

Der Satz wird einerseits abgeleitet aus dem Gevicht, welches für die dingliche Berechtigung der Besitz gehabt habe, und wenn gleich die Auffassung des deutschen Sachenrechts, aus welcher dieser Erklärungsversuch entspringt, sich nirgends so auf die Spitze getrieben findet, wie bei Sandhaas [187]), so neigt zu ihr doch ein großer Theil der Rechtsgelehrten mehr oder minder hin.

Andere Versuche, die letzte Bedeutung der Regel festzustellen, haben, wie uns scheint, so Treffliches von ihren Urhebern für die Casuistik

187) Rücksichtlich seines Urtheils über die Regel: H. muß H. wahren, s. Germanist. Abhandl. S. 101 f.

derselben geliefert worden ist, doch nicht mehr, als eine Umschreibung ergeben. So der Versuch Albrecht's (S. 81 ff.), wenn er auf die juristische Gewere als den Grund der dinglichen Klage hinweist, und diese doch nirgends anders bestimmt, als daß sie das dingliche Klagerecht („das Verhältniß dessen, der nicht besitzt, aber eine dingliche Klage hat") sei. Daß auf diese Weise der Satz nur umschrieben, nicht erklärt ist, hat insbesondere Gaupp [188]) hervorgehoben; dem, was er selbst über die Bedeutung des Satzes sagt, ist inzwischen derselbe Vorwurf zu machen. Denn wenn er ihn aus dem Uebergewicht erklärt (S. 124, 123), welches, wie in andern Gebieten des ältern deutschen Rechts, so auch in dem Eigenthum an fahrender Habe, das subjective Element über das objective gehabt habe, so enthält dieser Ausspruch, so weit wir einen präcisen Gedanken darin zu finden vermögen, nicht mehr, als was die Regel unmittelbar ergiebt, daß, wo nach römischem Recht eine dingliche Klage statt findet, nach deutschem Recht nur ein persönlicher Anspruch besteht. Das Gleiche gilt endlich von der Ansicht Brackenhöft's, welcher den Satz auf ein zwischen dem Commodanten und Commodatar statt findendes Repräsentationsverhältniß zurückführt [189]). Freilich besteht das Besondere der Regel vornehmlich darin, daß der, welcher eine Sache freiwillig aus den Händen ließ, die von dem Commodatar, Depositar u. s. w. vorgenommene Veräußerung so wenig anfechten kann, als wenn er sie selbst vorgenommen hätte. Aber mit der Annahme eines Repräsentationsverhältnisses ist rücksichtlich dieser Besonderheit nur ein Ausdruck gewonnen. Den Vorzug hat indeß der zuletzt erwähnte Erklärungsversuch vor andern, daß er diejenige Wirkung des Satzes mehr in den Vordergrund stellt, vermöge deren er dem materiellen Endergebniß nach am Auffallendsten von dem römischen Recht abweicht. Sie besteht darin, daß der dritte Inhaber der Sache unter Umständen überhaupt nicht, weder von dem Commodanten, noch von dem Commodatar, mit Erfolg belangt werden kann, und der Satz kann, wie wir glauben, nur so, daß man diese Wirkung unmittelbar rechtfertigt, richtig erklärt werden.

Das Princip des römischen Rechts, wonach der zeitherige Eigenthümer die Sache jedem Inhaber wieder abzunehmen vermag, der sich

188) Zeitschr. f. d. R. I, S. 120.
189) Zeitschr. f. d. R. V, S. 160, 166.

nicht auf ihn als seinen Auctor berufen kann, stellt sich Vielen freilich als eine absolute Rechtswahrheit dar, als die einfache Folge davon, daß wohlerworbene Rechte geschützt werden müssen. Die Vermögenseinbuße, die der redliche Erwerber oftmals erleidet, weil er im Fall einer Eviction auf einen persönlichen Anspruch beschränkt ist, erscheint als etwas, das lediglich als eine Zufälligkeit behandelt werden kann. Allein es möchte doch auch jenem Princip des römischen Rechts die Eigenthümlichkeit anderer Rechtsprincipien, vermöge deren sie eine bloß relative Begründung haben, nicht völlig abgehen, und es der „Natur der Sache" nicht widerstreiten, wenn eine von der römischen abweichende Rechtsentwickelung es eben zum Inhalt eines wohlerworbenen Rechts machte, daß der redliche Inhaber unter Umständen jene Einbuße nicht erleidet und die dingliche Berechtigung des zeitherigen Eigenthümers, welche hiermit collidiren würde, aufhob oder beschränkte.

Wollte man dieß leugnen, so müßte man am Ende auch die Ersitzung, wenigstens die des deutschen, und die außerordentliche des römischen Rechts, für ein irrationelles Institut erklären. Wenn aber der Satz: „Hand muß Hand wahren" in der Begünstigung des redlichen Inhabers einer beweglichen Sache noch über dieses Institut hinausgeht, namentlich insofern, als hier auch ein längerer factischer Besitzstand gegenüber dem früheren Eigenthum in die Wage fällt, so ist darüber Folgendes zu sagen.

Ohne Zweifel ist zwischen Grundstücken und Mobilien der Unterschied, daß die rechtlichen Verhältnisse, in welchen jene sich befinden, allgemeiner bekannt zu sein pflegen, und daß Grundstücke in geringerem Maße dem Verkehr unterworfen sind. Je weniger aber Ersteres der Fall ist, und je leichter es vorkommt, daß die Sache den Eigenthümer wechselt, um so schwerer wird es im Verhältniß zu dem Besitzer dem Erwerber fallen, sich vor Unredlichkeit zu hüten, und je geringer wird die Aufforderung sein, deshalb, weil ihm der Veräußerer nicht als Eigenthümer bekannt geworden ist, eine Unredlichkeit zu vermuthen. Um so stärker wird nun aber auch das Bedürfniß hervortreten, eine aus der Unredlichkeit erwachsende Vermögenseinbuße nicht dem redlichen Erwerber, sondern dem bisherigen Eigenthümer aufzubürden.

Diese Eigenthümlichkeit der Mobilien, vermöge deren eine Begünstigung des redlichen Erwerbers geboten erscheint, ist, wenigstens in der einen Beziehung, am Meisten gesteigert bei Werthpapieren, welche

man gekauft, mehr, um sie wieder zu veräußern, als um sie zu behalten; und rücksichtlich ihrer neigt denn auch das moderne Recht dahin, den redlichen Inhaber ohne Einschränkung — nicht bloß in dem Maß, wie es nach der Regel „Hand muß Hand wahren" geschieht — zu schützen. Das deutsche Recht hat nun zwischen den sich hier entgegenstehenden Anforderungen in der Weise vermittelt, daß es gestohlene und verlorene [190]) Sachen für unfähig erklärt, anders als durch Berufung auf den bisherigen Eigenthümer behauptet zu werden, sofern dagegen der Erwerb der Sache in dieser Hinsicht fehlerfrei ist, den Erwerber schützt, und damit den Eigenthümer anweist, sich vorzusehen, wenn er die Sache freiwillig aus den Händen giebt.

Um nun auf die schon angeführte Stelle des Sachsenspiegels näher einzugehen, so läßt sich freilich nicht leugnen, daß die darin gegebene Entscheidung für den ersten Anschein einen wesentlich andern Inhalt hat. Es wird darin der Eigenthümer einer beweglichen Sache, der sie freiwillig aus den Händen gab, einfach auf eine Klage gegen den ersten Empfänger beschränkt. Eine Klage gegen den dritten Inhaber wird schlechthin verneint, nicht bloß rücksichtlich dessen, der die Sache **justo titulo** an sich brachte, und auf der andern Seite ist durchaus nicht davon die Rede, daß dieser letztere schlechthin sicher sein soll, die Sache zu behalten.

Da inzwischen, wie allgemein angenommen wird, in dem Fall, wo die Sache dem ersten Empfänger entwendet war, dieser letztere eine Klage hatte, um wieder in ihren Besitz zu gelangen, und sie seinerseits dem Eigenthümer zurückzugeben, und da anderseits der erste Empfänger keinenfalls über den obsiegen konnte, dem er selbst die Sache veräußert hatte, so stellt sich heraus, daß die Entscheidung des Art. 60 nichts destoweniger im Resultat dem vorhin angegebenen Princip sehr nahe kommt. Es fragt sich nur, wie es im Einzelnen modificirt ist, und bleibt zu erklären, warum der Eigenthümer da, wo er die Sache überhaupt zurückerhalten soll, sie nicht selber dem dritten Inhaber abnehmen darf.

1. Was den letzteren Punkt anbelangt, so ist zunächst zu bemerken, daß das Bestehen einer Klage, durch welche der erste Empfänger wieder

190) Daß gefundene Sachen erworben werden, wenn öffentliches Aufgebot statt gefunden, und der bisherige Eigenthümer sich verschwiegen hat, besteht für sich.

in den Besitz der Sache kommen kann, nicht zu der in Art. 60 gegebenen Entscheidung selbst gehört, sondern lediglich vorausgesetzt wird.

Man ist somit darauf hingewiesen, nach einem selbständigen Grund, auf welchem sie beruhen kann, zu suchen, und man könnte zunächst geneigt sein, in dieser Beziehung Gewicht darauf zu legen, daß als Empfänger der Sache in unserer Stelle gerade solche Personen genannt werden, welche die Sache zu eignem Nutzen detiniren, der Satzungsgläubiger und der Entlehner. Inzwischen würde man hiermit zwei für sich bestehende Gesichtspunkte vermengen.

Daß der Pfandgläubiger, soweit er die Sache zu eignem Nutzen detinirte, nicht erst vermöge der Regel: „Hand muß Hand wahren" eine dingliche Klage hatte, ist außer Zweifel. Aus der Analogie des Immobiliarsachenrechts, in welchem eine dingliche Berechtigung auch des Miethers und Pächters anerkannt ist, läßt sich ferner schließen, daß ebenso der Entlehner, soweit seine, im römischen Recht zwar nicht anerkannte, aber an und für sich doch vorhandene, Berechtigung an der Sache reichte, auch ohne den fraglichen Rechtssatz eine dingliche Klage gehabt haben würde. Wie aber dieser Rechtssatz nichts dazu beitrug, dem Entlehner für die Zeit der Leihe, dem Pfandgläubiger bis zur Bezahlung der Schuld eine dingliche Klage zu verschaffen, so darf man auch umgekehrt den Umstand, daß diese Personen die Sache zu eignem Nutzen detiniren, nicht geltend machen, wenn es sich um eine hierüber hinausreichende Klage handelt.

Es ist nach einem andern Grund zu suchen, und als solcher bietet sich die Verpflichtung des ersten Empfängers, dem Eigenthümer für den Verlust der Sache einzustehen, dar.

Soweit eine solche Haftung statt findet, wird durch eine Entwendung der Sache ohne Zweifel auch das Interesse des bloßen Inhabers berührt; nur entsteht ein Anspruch desselben erst damit, daß er dem Eigenthümer wirklich Ersatz leistet, und ist er an und für sich nur auf desfallsige Entschädigung, nicht auf die Sache gerichtet. Allein es liegt nahe, daß der Ersatzpflichtige, anstatt auf nachträgliche Ausgleichung angewiesen zu sein, in den Stand gesetzt wird, durch Wiederherstellung des Zustandes, dessen Veränderung den Eigenthümer verletzt, der ihm drohenden Einbuße zuvorzukommen, also die Sache wieder an sich zu bringen.

Dieß ist nun in der That, wie zahlreiche Zeugnisse aus der ältesten

und mittleren Zeit ergeben [191]), ein Grundsatz des deutschen Rechts, und es leidet kein Bedenken, ihn zur Erklärung der in Art. 60 enthaltenen Disposition zu benutzen. Zweifelhaft ist höchstens, ob die Klage des Ersatzpflichtigen die bloße Diebstahlsklage war, oder gegen jeden Inhaber der Sache angestellt werden konnte — eine Frage, auf die wir zurückkommen werden.

Da nicht jeder Empfänger der Sache unbedingt für ihren Verlust einstehen mußte, so ist eine Consequenz dieses Gesichtspunktes, daß auch nicht in allen Fällen freiwilliger Hingabe eine Klage gegen den dritten Inhaber ausgeschlossen ist, und um zu prüfen, ob unsere Erklärung der Disposition mit dieser Consequenz annehmbar sei, ist der Eingang der Stelle näher ins Auge zu fassen.

Man hat gestritten, ob vor den Worten: „to svelker wis he die ut von sinen geweren let mit sime willen", die in manchen Handschriften sich findende Partikel oder zu streichen sei, und glaubt, indem man sich dafür entscheidet, einen Grund gewonnen zu haben, die Disposition auf den Fall der Leihe und der Satzung zu beschränken. Nach unserer Ansicht können auch dann, wenn die Partikel wegfällt, die angeführten Worte nicht als ein völlig bedeutungsloser Zusatz behandelt werden; umgekehrt aber darf man auch den Umstand, daß die Fälle der Leihe und der Satzung namentlich hervorgehoben sind, nicht übersehen, und in jenem Zusatz eine unbegränzte Ausdehnung der Disposition erblicken. Vielmehr muß das diesen Beispielen gemeinsame Merkmal zu einer Bestimmung ihrer weitern Anwendbarkeit benutzt werden.

In dieser Beziehung kommt nun gerade in Betracht, daß das Interesse sowohl des Entlehners, als des Satzungsgläubigers durch den Verlust der Sache unbedingt berührt wird, ohne Rücksicht, ob dieser verschuldet war. Man wird daher den Satz allerdings auch auf den Fall einer Hingabe zur Aufbewahrung anwenden; jedoch nur unter der Voraussetzung, daß der Depositar den Verlust der Sache verschuldete, und darum ersatzpflichtig ist [192]).

Ausdrücklich wird diese Unterscheidung gemacht in einer Stelle des Ostfries. Landrechts.

---

191) L. Wisigoth. II, 5, 1; L. Bajuw. t. 14, 1 u. 4; Leg. Liutpr. VI, 78. Schwabensp. Art. 259; Sächs. Landr. III, 6, §. 3, vergl. mit einem Magdeb. Schöffenurtheil (Schott, I, 74); Verm. Sachsensp. IV, 36, 5 u. 6.

192) Vgl. Cropp, Criminal. Beiträge, S. 248 ff.

I, Cap. 101. **Item so einer dem andern guet deit tho verworen, und demsülven daerna verstaelen werde, wowole heallen vlyt angewendet hefft, umb dat sülve truwlich tho verwaeren, so mach de here dessulven guedes umb deverie klagen.**

Im Uebrigen lag in der Ersatzpflicht des Empfängers zunächst nur ein Grund, daß man ihm die dingliche Klage, resp. die Diebstahlsklage, zusprach. Wenn sie andrerseits dem Eigenthümer zugleich entzogen wurde, so trat das weitere Motiv hinzu, durch Abschneidung einer Klagenconcurrenz das Verhältniß zu vereinfachen. Was aber die so motivirte Entziehung der Klage in ihrem Verhältniß zu dem Gesichtspunkt anbelangt, unter welchen wir oben den in Art. 60 enthaltenen Satz gestellt haben, so ergiebt sich nunmehr, daß dieser Satz zwei Bestandtheile hat, welche allerdings insofern zusammengebracht werden durften, als nach dem einen, wie nach dem andern, der Pfandschuldner, Commodant u. s. w. auf einen persönlichen Anspruch beschränkt wird, die aber gleichwohl wesentlich verschieden sind. Der eine ist materieller Natur, und geht darauf, daß in gewissen Fällen die Sache für den bisherigen Eigenthümer verloren sein, und dem, der sie mit gutem Titel an sich brachte, erhalten werden soll. Der andere ist formeller Natur, und betrifft die Weise, in welcher die Wiedererlangung der Sache zu bewirken ist [193]).

193) In Bezug auf diesen Bestandtheil kann man wohl sagen, daß die formelle Berechtigung von dem materiellen Recht getrennt sei, insofern nämlich, als der Vermögenswerth, um den es sich handelt, trotz der Berechtigung des Depositars u. s. w. bei dem Deponenten bleibt, und der Anspruch auf diesen Vermögenswerth, eine Rechtsverletzung hinweggedacht, auch die Gestalt eines dinglichen Rechts beibehalten haben würde. Allein der Ausdruck ist doch immer nur relativ richtig. Wenn der Anspruch des Depositars, abstract gefaßt, auch nicht auf den Vermögenswerth, den die Sache enthielt, gerichtet ist, sondern nur auf die Sicherheit vor einer entsprechenden Einbuße, die ihm wegen des Verlusts der Sache droht, so hat er doch nicht eine leere Klagemacht, sondern mit der Klage, durch welche er die Sache wieder an sich bringen kann, auch ein jus possidendi. Auf der andern Seite ist das Eigenthum, das „in seiner Schwäche" bei dem Deponenten zurückbleibt, da er die Sache weder besitzt, noch durch eine dingliche Klage wieder erlangen kann, in der That kein Recht, wenngleich es — wie noch näher erörtert werden wird — damit, daß der Depositar die Sache wieder an sich bringt, ipso jure wieder entsteht. Sein Recht ist vielmehr, wenn auch nicht als Eigenthum, sondern nur in einem Bruchtheil, auf den Depositar übergegangen,

Die Parömie: „Hand muß Hand wahren" ist auf beide Bestandtheile anwendbar; das Sprichwort: „Wo man seinen Glauben gelassen hat, da muß man ihn wieder suchen" scheint mehr auf den materiellen Bestandtheil des Satzes zu passen. Jedenfalls sind beide hinsichtlich ihres Motivs scharf auseinander zu halten [194]).

2. Wir ließen vorhin in Zweifel, ob die Klage dessen, dem der Eigenthümer die Sache übergeben hat, die dingliche, oder nur die Diebstahlsklage sei.

Da er mit der zweiten die Sache nur dem Dieb, und mittelbar etwa dem, der sie wieder dem Dieb entwendet hatte, abnehmen konnte, so würde letzterenfalls das Resultat der in Art. 60 gegebenen Disposition sein, daß, wenn der Eigenthümer einmal die Sache freiwillig aus den Händen gab, und der Empfänger ersatzpflichtig war, jeder spätere Inhaber sie sich zu erhalten vermochte, der sie justo titulo an sich gebracht hatte, während im andern Fall nur derjenige sicher war, der den ersten Empfänger zum Auctor hatte.

Was andere Quellen des mittelalterlichen Rechts, insbesondere den Schwabenspiegel und den verm. Sachsensp. anbelangt, so kann die Zuständigkeit der dinglichen Klage nicht bezweifelt werden, und es wird wenigstens von dem letzteren Rechtsbuch, wenngleich auch hier die Disposition des sächsischen Landrechts etwas verschoben erscheint, ein Rückschluß auf dieses gemacht werden dürfen.

Inzwischen fehlt es nicht an bestimmterem Anhalt, und ist als die Stelle, die einen solchen darbietet, Art. 6, §. 3, in B. III, anzuführen.

Wert aver ime (dem Knecht) sin perd oder ander sin gut düflike oder röflike genomen in des herren dienst ane des Knechtes scult, dat mut ime die herre gelten; davor mut man oc deme herren antwerden, of he dar up klagt.

Die Stelle hängt mit unserem Gegenstand insoweit zusammen, als

---

zum andern Theil schlechthin suspendirt; das allerdings berechtigte Interesse aber, welches er rücksichtlich der Sache hat, kommt lediglich in der Gestalt eines obligatorischen Rechts zur Anerkennung.

194) Richtig getrennt werden sie von Gerber (Zeitschr. f. Civilr. u. Pr., n. F., B. XI, S. 25—35). Nur führt er den Satz in der einen Beziehung mit Unrecht auf eine Vermengung des strafrechtlichen und privatrechtlichen Gesichtspunktes zurück, und sucht er in der andern seine Bedeutung einzuschränken, und ihn als eine Singularität ohne tiefern Grund hinzustellen.

die Ersatzpflicht als Grund für eine Klage wegen gestohlenen Gutes erwähnt wird. Die Klage, welche dem Dienstherrn zusteht, weil er die in seinem Dienst dem Knecht gestohlenen Sachen ersetzen muß, ist nun freilich auch hier nicht bestimmt als eine Vindication bezeichnet. Indessen wird man als Beweis, daß in der That eine solche darunter zu verstehen sei, ein Magdeburger Schöffenurtheil (Schott I, 74) gelten lassen, das sich in dieser Beziehung ganz unzweideutig ausdrückt.

der herre mag wol klager sein umb das gut, wo er das vindet, das is davon, daz er es dem knecht gelten muss.

Es ist unbedenklich, das, was hier und in der entsprechenden Stelle des Sachsenspiegels zunächst in Betreff des ersatzpflichtigen Dienstherren ausgesprochen wird, auch auf den ersatzpflichtigen Commodatar, Depositar u. s. w. anzuwenden, und die in Art. 60 enthaltene Disposition hat demnach das oben schon angegebene Ergebniß: Wer eine bewegliche Sache justo titulo von einer Person an sich bringt, die sie mit Willen des Eigenthümers detinirt, ist sicher, sie zu behalten; dagegen sind gestohlene und verlorene Sachen überall unfähig, in sichern Besitz gebracht zu werden; sind sie dem Eigenthümer selbst gestohlen, oder ist der Inhaber, dem sie entwendet wurde, dem Eigenthümer nicht zum Ersatz verpflichtet, so kann sie der letztere mit der dinglichen Klage verfolgen, außerdem sie durch Vermittelung des ersatzpflichtigen Commodatars, Depositars u. s. w. zurückerhalten.

3. Hat der Eigenthümer gegenüber dem Commandatar selbst und resp. seinem Erben, nur eine Forderungsklage oder die dingliche Klage?

Die Frage ist um des Willen von geringerer Wichtigkeit, weil die processualischen Folgen, auf die allein es hier ankommt, nicht so wesentlich verschieden sind. Bei andern Obligationen war allerdings der Schuldner näher, mit seiner Unschuld zu entgehen, d. h. durch den Reinigungseid, der regelmäßig nur durch Gerichtszeugniß gebrochen werden konnte, seine Lossprechung zu bewirken; und dadurch war er denn freilich anders gestellt, als der mit dem Anefang Belangte. Allein gerade bei Obligationen auf Rückgabe einer Sache fiel dieser Vorzug weg. Sofern nur der Besitz der vom Kläger beanspruchten Sache zugegeben oder nachgewiesen war, mußte hier der Beklagte, wie bei der Vindication, seinen Gewährsmann stellen, wenn der Kläger nicht näher sein sollte, selbdritt seinen Anspruch zu beschwören. Wenn also dort

auch das Beweisthema ein anderes war, so fand wenigstens kein Unterschied in Bezug auf den Beweisvortheil statt.

Welches aber auch der Belang der Frage sei, jedenfalls ist zu behaupten, daß nach dem Recht des Sachsenspiegels dem Commodanten der Anefang dem Commodatar gegenüber nicht entzogen ist.

Daß die Bedeutung, welche wir der in Art. 60 gegebenen Disposition zuschreiben, hierauf durchaus nicht hinweist, leuchtet ein. Das Klagerecht des Eigenthümers wird auf die Person des Commodanten beschränkt, damit der dritte Inhaber, der sie von diesem justo titulo erwarb, sicher sei, sie zu behalten, und um anderseits eine — subjective — Klagenconcurrenz abzuschneiden; welche Form dieses Klagerecht aber, einmal so beschränkt, annehme, erscheint für diesen Zweck gleichgültig, und der Wortlaut der Stelle nöthigt uns nicht, gleichwohl die ausschließliche Zulässigkeit einer Forderungsklage anzunehmen.

Freilich heißt es: **die ne mach dar nene vorderunge up hebben, ane uppe den, dem he sie leich**; allein daß „**vorderunge**" hier in der allgemeinen Bedeutung von „Klage" gebraucht ist, kann schon deshalb nicht bezweifelt werden, weil andernfalls ja auch der Anefang gegen Dritte nicht ausgeschlossen sein würde. Auch wird gar nicht gesagt, daß der Commodant schon damit, daß er die Sache freiwillig aus jener Gewere gelassen hat, auf eine „**vorderung**" gegen den Commodatar beschränkt sei, sondern es wird auch vorausgesetzt, daß die Sache wiederum aus den Händen des Letzteren gekommen sei; so lange dieß nicht geschehen, ist durch die Disposition das an und für sich bestehende Verhältniß gar nicht alterirt [195]).

Wenn daher der Sachsenspiegler in §. 2 fortfährt: **Stirft aber jenn rechtes dodes oder unrechtes, so tie he sik to sime gude mit rechte jegen den erven**, so liegt darin eine ausdrückliche Bestätigung der Vindication, deren es nach unsrer Ansicht nicht erst bedarf, während man, von der entgegengesetzten Annahme ausgehend, den Aus-

---

195) Das Eigenthum dessen, der die Sache freiwillig aus den Händen giebt, wird also — soweit es sich bloß um den Satz: „Hand muß Hand wahren" handelt — nicht schon durch die freiwillige Hingabe der Sache, sondern erst in Folge seiner Verletzung von Seiten eines Dritten suspendirt, und entsteht ipso jure wieder, sobald der, dem die Sache anvertraut war, sie wieder an sich gebracht hat.

druck „sich zu der Sache ziehen", den man sonst als eine technische Bezeichnung des Anefangs gelten läßt, hier auf Rechnung einer Ungenauigkeit setzen muß [196]).

4. Das Erforderniß, daß der erste Inhaber die Sache mit Willen des Eigenthümers detinire, bedarf noch einer nähern Bestimmung. Es fragt sich, ob es hierbei nur auf den Anfangspunkt der Detention ankomme, oder auch, vorausgesetzt, daß der Eigenthümer durch den Vertrag nicht mehr an seinen frühern Willen gebunden ist, auf eine mit seinem Willen fortgesetzte Detention. M. a. W.: Soll dem Eigenthümer die Klage gegen Dritte auch dann versagt sein, wenn die Sache erst nach Ablauf der für die Leihe festgesetzten Zeit, oder nach Bezahlung der Schuld aus den Händen des Entlehners oder Satzungsgläubigers gekommen ist?

Die Antwort auf diese Frage giebt Art. 23, B. III, nach welchem die widerrechtliche Vorenthaltung der Sache von Seiten des Leihers dem

---

196) Anders scheint dieser Punkt in dem verm. Sachsenſp. entschieden zu sein. Insbesondere nach B. IV, 42, 5: **Wer deme andern icht sines gutes lihet mit willen, behelt he daz dissem vor wedder willen unde recht, daz mag he nicht anegefangen; he mus is wedder an deme furdern mit rechte.** Was indessen den Zwischensatz: **behelt he u. s. w.** anbelangt, so besteht auch die Lesart: **helt her im nicht das vor wedir sinen willen und wedir recht,** und diese ist jedenfalls vorzuziehen (Vgl. die folgende Anmerk.). Auf diesen Zwischensatz kommt es aber hauptsächlich an. Von viel geringerer Bedeutung ist es, wenn hier rücksichtlich des Commodatars nur von einem „furdern" die Rede ist, und wenn es in dist. 14 heißt: **— der sy vorlegen adder vorsaczt hatte, en mag keyne vorderunge getun, noch anefang doruf gehaben. Forderunge mag her wol czu deme haben, deme her sy liet adder seczt.** Freilich wird hier **anefang** und **vorderung** unterschieden, und letzteres Wort kann daher nicht in der ganz allgemeinen Bedeutung gebraucht sein, wie in Art. 60 des sächs. Landr. Allein man braucht deshalb noch nicht an den in formeller Beziehung statt findenden Unterschied zwischen der Vindication und der eigentlichen Forderungsklage zu denken, sondern kann annehmen, daß mit dem Wort **vorderung** nur die Beschränkung der Klage auf eine bestimmte Person hervorgehoben werden soll. Selbst wenn indessen das Wort in dem strengen Sinn einer eigentlichen Forderungsklage gebraucht wäre, würde dieß noch nichts beweisen. Denn der Ausspruch erfolgt mit Bezug auf den proponirten Fall einer Veräußerung, oder eines Diebstahls; die Sache wird daher als in den Händen Dritter befindlich gedacht.

unfreiwilligen Verluſt gleich zu ſtellen, dem Verleiher alſo die Vindication zuzuſprechen iſt.

§. 1. Sve dem anderen liet en perd oder kledere to bescedenen dagen, halt he it over den dach, unde wert he darumne beklaget, he sal't altohant weder geven unde beteren, of he it geergeret hevet. — §. 3. Underwinden mut sik ok mol en man sines gudes, svar he't süt, mit rechte, dat man ime mit unrechte ver unthalde over bescedene tiet.

Anderer Meinung iſt Albrecht (S. 89). Nach ihm iſt der Ausdruck „sik unterwinden", den er ſonſt für eine techniſche Bezeichnung der Vindication nimmt, in dieſer Stelle auf einen Act zu beziehen, der innerhalb des auf die Forderungsklage gegen den Commodatar eingeleiteten Proceſſes vorgenommen werden konnte.

Wie ſchon bemerkt, hatte bei Forderungen auf Herausgabe einer Sache, ſofern feſtſtand, daß die Sache im Beſitz des Beklagten war, der Kläger den Beweisvortheil; er war näher, ſeine Forderung ſelbdritt zu beſchwören, als der Beklagte, den Reinigungseid zu leiſten. Leugnete aber dieſer den Beſitz ab, ſo konnte der Kläger ihn durch Augenſchein überführen, alſo, ſofern dieſer nicht etwa durch den Gerichtsboten vorgenommen wurde, der Sache ſich bemächtigen und ſie vor Gericht bringen.

Auf eben dieſe Handlung bezieht Albrecht hier den Ausdruck „sik unterwinden", nimmt ihn alſo in ſeiner urſprünglichen Bedeutung, und beruft ſich dabei auf eine Stelle des Richtſteiges, in welcher der Ausdruck „anfangen" in ganz dem nämlichen Sinne gebraucht ſein ſoll. Gerade dieſe Stelle aber iſt, wie uns ſcheint, am wenigſten geeignet, ſeine Annahme zu unterſtützen.

Richtſt. des Landr. 11. Dit mach de cleger ansprecken twierleie wis. He mach it anspreken mit ener slichten clage, edder he mach it anvan. Spricstu sin wort in slichter clage, so sprick alsus: her richter, N. claget gode unde ju, dat N. des sines hebbe unde biddet, dat gi en tur antwerde biden. Sprikt denne der antwerder: her richter, unsculdich bin ic, dat ic des sines icht hebbe; wen he sus mit dem ede wil van di komen, so hefstu twier kor. Wultut bewaren, dat he nicht sweren ne moge, so vrage sus: her richter, ic bidde ens ordels, na deme dat wit under eme bewisen mogen, opt hes mit sime ede vorsaken moge, dat hes nicht ne hebbe, edder

wat en recht si. So vintme he ne moge. Wultu aver ene scenden, so lat ene den ed don, unde aneva dar na din ding, so helpet em sin ed nichtes nicht unde du crigest dat dine wedder. Wete aver dat itlike scegen, dat anevank an neneme dinge tu rechte gescin moge, wen an deme dat vorstolen odder genomen si. Des is nicht; den en islik mut sic des sinen wol mit rechte unterwinden war het süt.

Daß es sich hier um die Vindication handelt, ist schon deshalb anzunehmen, weil von dem Anefangen, in Folge dessen der Kläger selbdritt seinen Anspruch beschwören kann, in der Weise die Rede ist, daß erst dazu geschritten werden soll, nachdem der Beklagte den Reinigungseid geleistet hat. Daraus ergiebt sich, daß an die Eröffnung eines neuen Processes gedacht wird; denn der Beweis des Klägers war nicht als Gegenbeweis zulässig, mußte vielmehr, wenn einmal statthaft, den Eid des Beklagten abschneiden, und die Worte: „Wultu aver ene scenden" lassen gerade den Gedanken als die eigentliche Spitze des hier Ausgesprochenen erscheinen, daß der Commodant durch die doppelte Klage eine Gelegenheit habe, den Beklagten als Meineidigen hinzustellen, die ihm bei Zuständigkeit nur einer Klage fehlen würde. Ueberdieß können die Schlußworte: Wete aver dat itlike scegen, u. s. w., unbefangen aufgefaßt, kaum anders bezogen werden, als auf den Satz: Hand muß Hand wahren, und es ist sehr wahrscheinlich, daß sie, anstatt bloß die in B. II, 60, §. 2, und B. III, 22, des Sachsenspiegels gegebenen Modificationen aufrecht zu erhalten, vielmehr eine auf das römische Recht gegründete principielle Opposition gegen den Satz ausdrücken.

Auf eine einfachere Weise beseitigt den Art. 23 Gaupp (a. a. O. S. 131), indem er darin nur ausgesprochen findet, der Eigenthümer könne die ihm über beschiedene Zeit vorenthaltene Sache, wenn sie ihm zufällig vor Augen komme, ohne — dem Commodatar gegenüber — eine Rechtsverletzung zu begehen, an sich nehmen. Inzwischen mögen wir dieser Auslegung ebensowenig, wie der Albrecht'schen beitreten, weil die Schwierigkeit, welche diese Rechtsgelehrten hinwegzuräumen bemüht sind, für uns von vornherein nicht besteht. Wie gezeigt, schließt sich die Stelle, auf die Vindication bezogen, ohne allen Zwang an die Disposition des Art. 60, §. 1, an, und so sehen wir keinen Grund, eine Bedeutung des Ausdrucks „sich unterwinden" Preis zu

geben, die, wenn nicht die durchgängige, doch jedenfalls die regelmäßige ist [197]).

Zur besondern Unterstützung gereicht uns dabei der Ausspruch einer Stelle, welche sich in dem zum Richtsteig hinzugekommenen Anhang findet (Richtst. B. II, Art. 10), und welche den Satz: „Hand muß Hant wahren" ebenso entschieden festhält, wie ihm nach unserer Meinung der Richtsteig selber entgegentritt. Nachdem ihr Verfasser die Dispositiou des Art. 60 wörtlich wiedergegeben hat, berührt er den fraglichen Art. 22 mit folgenden Worten:

In dem XXII. cap. des dritten puchs da spricht das recht, einer mag sich wol unterwinden des seinen, wo er es ankumpt. Ich sprich, es sey nit wider dem rechten. Wann sy sagen hye von dem gut, das ein man mit willen verleicht oder versetzt, oder mit willen auss seinen geweren last und dort spricht das recht von der hab, dye im verstolen wirt, dye muss ein man mit frumen leuten und mit ayden behalten, das sy im wider seinen willen abgeraubt sey, oder verstolen sey wider seinen willen.

Wie man sieht, geht der Verfasser ebenfalls davon aus, daß der fragliche Art. des Sachsenspiegels zur Hinwegräumung einer Antinomie auffordere. Gleichwohl denkt er nicht daran, den Ausdruck: „sich unterwinden" für etwas Anderes zu nehmen, als eine Bezeichnung der dinglichen Klage, und man wird keinen Widerspruch darin finden, wenn wir dieses Zeugniß für die Bedeutung des Wortes gelten lassen, ohne

197) Auch der vermehrt. S. (IV, 42, 16) hat die in Art. 23 enthaltene Disposition. — Nicht widersprechend würde, auch die Lesart: **behelt he daz dissem vor** u. s. w. vorausgesetzt, die in der vorigen Anmerk. angeführte dist. 5 desselben Capitels sein. Denn sie würde die Vindication nur gegen den die Sache vorenthaltenden Commodatar ausschließen, nicht aber gegen den Dritten, in dessen Hände sie seit der widerrechtlichen Vorenthaltung gekommen ist. Dagegen enthält sie, wenn die Lesart: **helt her im nicht das vor wedir sinen willen und wedir recht**, richtig ist, eine Bestätigung unserer Annahme, die noch weniger angefochten werden kann, als dist. 16. Daß aber die letztere Lesart vorzuziehen ist, scheint mir schon aus den Worten „wedir sinen willen und wedir recht" hervorzugehen, welche andernfalls eine sehr zweckwidrige Tautologie enthielten, während sie ganz am Platze sind, wenn die widerrechtliche Vorenthaltung dem Fall gleichgestellt werden soll, in welchem die Sache wider Willen des Eigenthümers aus seinen Händen gekommen ist.

doch die offenbar unrichtige Auslegung zu acceptiren, durch welche die scheinbare Antinomie beseitigt wird.

5. Von dem Fall, in welchem der Commodatar die Sache verloren hat, ist in Art. 60 des sächs. Landr., und den correspondirenden Stellen anderer Rechtsbücher, nicht die Rede, so wenig wie von dem Fall einer Schenkung. Es fragt sich, ob die dingliche Klage dem Commodanten auch hier versagt wurde, und die Ausdehnung des Satzes würde in dem ersten Fall seinen formellen, in dem andern seinen materiellen Bestandtheil treffen.

Was zunächst jenen anbelangt, so ist allerdings wohl anzunehmen, daß die allgemein ausgesprochene Regel: Wer eine Sache vergelten muß, der kann auch um die Sache klagen (S. Anm. 191, S. 210) — auch dann, wenn die Sache von dem Commodatar verloren wurde, Anwendung erlitt. Allein das Bedenken, ob die dingliche Klage deshalb auch dem Commodanten abzusprechen sei, obgleich eine ausdrückliche Bestimmung hierüber fehlt, wird verstärkt durch die Erwägung, daß ein processualisches Mittel nicht ersichtlich ist, durch welches die Abweisung des Commodanten herbeigeführt worden wäre. Wir haben schon in §. 10 ausgesprochen, daß die Beweislast des Klägers durch die Regel: „H. muß H. wahren" nicht vermehrt wurde. Auch nach den Rechten, welche mehr als den Nachweis eines Erwerbstitels fordern, geht die noch weiter zu beweisende Behauptung nicht so wohl darauf, daß die Sache wider seinen Willen aus seinem Besitz gekommen sei, als überhaupt darauf, daß sein Recht noch fortbestehe. Jedenfalls aber ist daran festzuhalten, daß nach den Rechten, welche, wie das sächsische Landrecht, einen Beweis durch Zeugen verlangen, dem Kläger der Beweis, daß er selbst die Sache verloren, daß er sie nicht freiwillig aus seiner Gewere gelassen habe, nicht aufgebürdet werden konnte. Nun ist wohl eine Einwendung des Beklagten, daß er die Sache von dem Commodatar gekauft habe, denkbar, und ebenso als eine Einrede, durch die er doppelten Verlust vermeiden konnte, die Behauptung, daß er sie nicht dem Verleiher, sondern dem Entlehner entwendet habe; allein unmöglich konnte man es für die Auseinandersetzung des Verhältnisses auf die Einrede ankommen lassen, daß nicht der Verleiher, sondern der Entlehner die Sache verloren habe. Ich nehme daher an, daß wenn die Sache verloren wurde, eine Klage des Commodanten und eine des Entlehners concurrirten.

Daß es dem Gesichtspunkt, unter welchen wir die Regel: „Hand muß Hand wahren" gestellt haben, widersprechen würde, wenn dem Commodanten die Klage auch gegen den versagt wäre, dem sie der Entlehner schenkte, liegt auf der Hand. Denn der Zweck der Regel ist nach unserer Aufstellung der, den dritten Inhaber der Sache vor einer unbilligen Vermögenseinbuße zu bewahren.

Wir würden nun allerdings, wenn sich jene Bestimmung fände, dadurch noch nicht bewogen werden, den angegebenen Gesichtspunkt Preis zu geben, so wenig, als es uns anficht, wenn die Beschützung auch dessen, der die Sache durch Spiel von dem Entlehner erworben hat, an die äußerste Gränze streift, bis zu welcher er maßgebend sein kann. Denn ein Rechtssatz kann, durch eine mehr formelle Behandlung, seinem ursprünglichen Motiv mehr oder minder entfremdet werden. Allein da einer Schenkung nicht gedacht wird, im Uebrigen aber die Fälle einer Veräußerung, soweit sie eine wesentlichere Verschiedenheit darbieten, einzeln namhaft gemacht werden, so sehen wir keinen Grund, jenen Widerspruch zu statuiren, glauben uns vielmehr zu der Annahme berechtigt, daß die Bestimmung neuerer Gesetzbücher [198]), welche einen onerosen Erwerbstitel des dritten Inhabers verlangt, insoweit schon in dem Satz der Rechtsbücher lag [199]).

6. Wir haben oben das Ergebniß der Regel nur soweit bestimmt, daß der, welcher eine bewegliche Sache von einer Person, die sie mit Willen des Eigenthümers detinirte, mit gutem Titel an sich gebracht hat, sicher sei, sie zu behalten; damit wurde noch unentschieden gelassen, ob auch bona fides dieses Dritten erforderlich, und ob er nur gegen eine Klage geschützt sei, oder das Eigenthum erworben habe.

---

198) Oesterr. Gesetzb. §. 367; Preuß. Landr. I, 15, §. 25, 26; Zürcher Gesetzb. §. 652. Dagegen bestimmt das rev. Lüb. R. III, 2, 1: Verkaufft, vergäbe, versetzte, oder alienirte er aber das gelehnete Gut, — so hat der Ausleiher keine Ansprache wider denjenigen, welchem es verkaufft, vergeben, oder versetzt worden.

199) Ueber die Beschränkung des Satzes für den Fall, daß die Sache durch das Gesinde veruntreut, u. den, in welchem sie einem Handwerker zur Herstellung übergeben war, s. Kraut, Grndr. (3. Aufl.) §. 103, N. 4, 5, 6; §. 115, N. 39, 42. 43; Albrecht, S. 93; Cropp, Criminal. Beiträge, S. 246. Ueber die Ausdehnung der Regel auf den Fall einer Auspfändung des Commodatars Kraut, §. 115, N. 33, 35; Albrecht, S. 92.

Von dieſen Fragen iſt die erſte jedenfalls zu verneinen. Beſondere Beſtimmungen hierüber finden ſich nicht; aus Art. 60 kann aber für die bona fides als eignes Erforderniß nichts gefolgert werden. Der Commodant wird für den Fall eines Verkaufs, einer Verpfändung u. ſ. w. ſchlechthin auf eine Klage gegen den Entlehner beſchränkt, und das Klagerecht hinwiederum des letzteren kann offenbar dadurch, daß der Dritte um das Eigenthum des Verleihers weiß, nicht erweitert werden. Auf die allgemeine Tendenz des Satzes darf inzwiſchen aus dieſem Umſtand kein Schluß gemacht werden. Denn die Nichterwähnung des fraglichen Erforderniſſes bedeutet nur, daß die Caſuiſtik des Rechts noch nicht dahin gelangt war, die bona fides von dem rechtmäßigen Erwerbstitel zu ſcheiden. Ueberdieß würde eine ſolche Scheidung nach dem Recht des Sachſenſpiegels von geringerer praktiſcher Bedeutung geweſen ſein, weil der, welcher der Unredlichkeit beſchuldigt wurde, ſich von dieſer Beſchuldigung durch ſeinen Eid mußte reinigen können.

In Betreff der Frage, ob der, welcher die Sache **justo titulo** von dem Commodatar an ſich brachte, damit das Eigenthum erwarb, gehen ebenfalls ausdrückliche Beſtimmungen ab.

Berückſichtigt man, daß es überhaupt eine Eigenthümlichkeit der Rechtsbücher iſt, die Regeln von dem Erwerb der Rechte unter dem Geſichtspunkt des Rechts*ſchutzes* darzuſtellen, ſo wird man keinenfalls ſchon daraus, daß in unſerer Stelle nur von dem Wegfall der Klage des zeitherigen Eigenthümers die Rede iſt, einen Schluß ziehen wollen, daß die Frage zu verneinen ſei. Bei dem Mangel an allem ausdrücklichen Zeugniß [200]) wird es aber gerechtfertigt ſein, wenn wir die Analogie des Inſtituts zu Hülfe nehmen, welches im Immobiliarſachenrecht dem Satz: „H. muß H. wahren" gewiſſermaßen correſpondirt. Auch von dem, der eine rechte Gewere hatte, heißt es meiſtentheils nur, daß er ſicher gegen eine Anſprache ſei, oder daß er näher ſei, die Sache zu behalten. Gleichwohl gab die rechte Gewere nach der richtigen Anſicht das Eigenthum, und war jedenfalls ein Inſtitut, auf das man ebenſo beim Angriffe, wie bei der Vertheidigung ſich ſtützen konnte.

---

200) Ueber die ohne allen Schein auf Cap. 17 des Richtſt. Landr. geſtützte Behauptung **Budde's**, daß der Commodant, wenn er zufällig wieder in den Beſitz der Sache gekommen, jedenfalls eine Einrede gehabt habe, ſ. **Sandhaas** S. 154.

Gewiß ist daher die Annahme unbedenklich, daß auch der, den der Satz: „H. muß H. wahren" begünstigte, einen unbedingten Schutz genoß, also — vorausgesetzt, daß der Commodant Eigenthümer war — das Eigenthum der Sache erwarb; um so mehr, als die nähere Betrachtung der processualischen Consequenzen auf keinerlei Schwierigkeiten stößt [201]).

Wir sind in dem Bisherigen zunächst von dem sächsischen Landrecht ausgegangen. Was von andern Rechtsquellen insbesondere den verm. Sachsenssp. und den Schwabenspiegel anbelangt, so erscheint hier die Disposition jenes Rechtsbuches dadurch etwas verschoben, daß die Fälle, in welchen die Wiedererlangung der in dritte Hände gekommenen Sache durch den ersten Empfänger vermittelt wird, nicht mehr durch die Ersatzpflicht des Letzteren abgegränzt sind.

In Art. 253 des Schwabenssp. (Senckenb. — Laßb. 230) heißt es allgemein: Unde ist, daz mir ein gut verstolen wirt, daz nüt min is, da sol ich der clager umb sin; und in B. IV, C. 3, D. 5, des verm. Sachsenssp. [202]) wird die Klage dem Depositar schlechthin zugesprochen.

---

201) Es entsteht die Frage, wie der Erwerber der Sache sich schützte, wenn ein Andrer, als der Commodant, auf Grund eines Erwerbstitels, der älter war, als das wirkliche oder vorgebliche Eigenthum des Commodanten, die Sache in Anspruch nahm. Es stellt sich hier das eigenthümliche Verhältniß heraus, daß der Commodant als Gewährsmann für ein Recht in die Schranken treten mußte, welches durch den Satz: „H. muß H. w." gerade ihm zuwider aufrecht erhalten wurde. Dieses Verhältniß verliert inzwischen das Befremdliche, wenn man erwägt, daß der Evictionsleistung hier der Verlust der vom Commodatar zu leistenden Entschädigung entspricht.

202) Tud eyn man deme andern icht czu getruwer hand czu behaldene, entwendet he daz, adder wert is om entwant von sime gesinde unde wedder willen, do mag sich der czu czin, deme is entwand waz, unde nicht der, dez is was. Vgl. Goslar. Stat. 531, 9, (Leibn.).

Wohl mit Unrecht versteht Brackenhöft (Z. f. d. R. V, S. 168) diese Stelle dahin, daß dem Deponenten die Klage zugestanden werde. Sofern die hier angeführte Lesart richtig ist, wird diese Interpretation jedenfalls schon durch den Zusatz: unde nicht der, dez is was, abgeschnitten. — Andere hinwiederum gehen zu weit, wenn sie in den Worten: entwendet her im das, „her" auf den Deponenten beziehen. Nach unserer Ansicht ist damit der Depositar gemeint; nur ist nicht an den Fall des dieblichen Behaltens, sondern an den einer unredlichen Veräußerung zu denken. Wegen des Ausdruckes „entwendet," und weil in diesem Fall überhaupt nicht gegen

Während also im sächs. Landr. das Klagerecht des ersten Empfängers auf seinem selbständigen Grund beruht, wird es ihm hier zum Theil erst deshalb zugestanden, weil es dem Eigenthümer entzogen wird. Was dort Vereinfachung eines gegebenen Verhältnisses ist, wird in dieser Ausdehnung zum Umweg, und während nach dem sächs. Landr. die Klage des ersten Empfängers durch seine Ersatzpflicht begründet wird, muß hier umgekehrt die Ertheilung der Klage zum Grund für eine erweiterte Haftung werden.

Im Uebrigen stellt diese Wendung, welche der Disposition des Sachsenspiegels gegeben wird, als gewiß heraus — was rücksichtlich des sächsischen Landr. zweifelhafter war — daß die Klage des ersten Empfängers eine dingliche ist.

Denn wenn sie diesem zum Theil gerade im Interesse des Eigenthümers, und weil sie letzterem entzogen wird, zukommt, so kann auch, so lange sie nicht näher charakterisirt ist, nichts Anderes angenommen werden, als daß sie dieselbe sei, welche andernfalls der Eigenthümer gehabt haben würde. Auch ist dieß, so weit hinwiederum die Ersatzpflicht als Grund der Klage reicht, durch eine ausdrückliche Bestimmung des Schwabenspiegels außer Zweifel gestellt, indem der oben angeführte Ausspruch des Sachsenspiegels über die Verpflichtung des Dienstherrn, den in seinem Dienst bestohlenen Knecht zu entschädigen und sein desfallsiges Klagerecht dieselbe unzweideutige Fassung hat, wie in dem Magdeb. Schöffenurtheil, welches wir zur Beleuchtung des sächs. Landr. zu Hülfe nehmen mußten.

Art. 259 (Laßb.) — **unde der herre mag wol clager sin umbe daz gut, swa er daz vindet. Daz is davon, daz er ez dem knechte gelten muz.**

Die eben besprochene Bestimmung des verm. Sachsensp. und des Schwabensp. enthält eine Ausdehnung unseres Rechtssatzes, und zwar

---

den Dritten geklagt werden konnte, ist freilich der erste von den beiden Nachsätzen: do mag sich der czu czin, deme is entwand was, nicht passend. Dieß kann inzwischen nicht entscheiden. Denn umgekehrt würde bei der Annahme, daß von einer Entwendung des Depositums die Rede wäre, der zweite Nachsatz: unde nicht der, dez is was, nicht passend sein. Eine Ungenauigkeit ist jedenfalls anzunehmen, und sie rührt daher, daß die Disposition auf einer Verkehrung der cit. Stelle der Goslar. Stat. beruht, die allerdings in dem Sinn Brackenhöft's zu verstehen ist.

seines formellen Bestandtheils. Eine Beschränkung dagegen ist am Schluß des cit. Art. des Schwabenspiegels ausgesprochen:

unde stirbe ich oder entweich dâvon, so sal der clagen, des daz gut is.

Da der Erbe die Verbindlichkeiten des Erblassers, soweit dessen Vermögen reichte, übernehmen mußte, so kann der Grund dieser Bestimmung nicht darin gefunden werden, daß die Lage des Commodanten durch den Tod seines Schuldners verschlechtert worden wäre. Sie ist lediglich für eine Transaction zu nehmen, durch welche dem römischen Recht gegenüber von dem deutschen Recht etwas nachgelassen wurde.

Auch diese Modification betrifft inzwischen nur den formellen Bestandtheil des Satzes. Was nunmehr seinen materiellen Theil anbelangt, so ist dieser in dem Schwabenspiegel nicht bloß modificirt, sondern ganz und gar aufgegeben. Die Parallelstelle zu Art. 60 des sächs. Landr. ist §. 222 des Schwabensp. (Laßb.):

Swelh man dem andern ein pherit oder ein gewant, oder dehein varende gut setzet, oder lihet mit sinem willen, so hat jener reht daran, in dez gewalt ez also kumet.

Die Fortsetzung des §. handelt von der Haftung des Entlehners. In den Worten: so hat jener reht daran u. s. w. kann aber das Princip des Sachsenspiegels, daß der Commodant die Veräußerungen des Entlehners gelten lassen muß, nicht wieder gefunden werden. Vielmehr greift der Schwabenspiegler in seiner compilatorischen Weise zu dieser allgemeinen Wendung gerade, weil er jenes Princip nicht acceptiren will. Dieß ist um so mehr anzunehmen, als auch andere Stellen, in denen eine Erwähnung desselben sehr nahe gelegen hätte (§. 223, 228, 230, 258) keine Spur davon enthalten [203]). Nur der formelle Theil des Rechtssatzes findet sich, verschoben, und beschränkt, in der schon angeführten Stelle vor.

Auf der andern Seite ist in der spätern Gesetzgebung der Satz gerade in seinem formellen Bestandtheil aufgegeben [204]), so daß, wenn der dritte Inhaber die Sache überhaupt zurückgeben muß, dem Eigenthümer auch

---

203) Auch das Rechtsb. Rupr. v. Freysingen (vgl. C. 147, 149) u. das alt. Bair. Landr. (vgl. §. 295, 296) haben den Grundsatz nicht.

204) Hamb. Stat. v. 1603, II, 2, 7; Rev. Lüb. R. III, 2, 1; Oesterr. Gesetzb. §. 367; Zürch. Gesetzb. §. 652, 654.

die Klage nicht versagt wird; dagegen ist der wichtigere, materielle, Bestandtheil des Satzes abgeklärt und durchgebildet worden.

So kommt der Satz, während in den Rechtsbüchern **bona fides** und **justus titulus** nicht geschieden werden, nach den neueren Gesetzbüchern nur dem redlichen Inhaber zu Statten. Ferner wird gefordert, daß der Erwerb der Sache ein oneroser sei [205]), und obgleich der Satz schon in den Rechtsbüchern sich nicht auf den Fall einer Schenkung erstreckt, so ist dieß doch insofern eine Aenderung, als nun auch der, welcher die Sache durch Spiel an sich bringt, von der Vergünstigung ausgeschlossen ist.

Endlich ist noch zu erinnern, daß der Zweck des Satzes nur darauf geht, den redlichen Inhaber vor der Einbuße eines gewissen Vermögenswerthes zu bewahren, mit welcher er in Folge des über die Sache eingegangenen Geschäftes bedroht sein würde. Nur, weil die hinlängliche Gewähr dieses Vermögenswerthes zunächst mit der dinglichen Berechtigung zusammenfällt, wird ihm die Sache zugesprochen. Es kann daher als eine seiner ratio gemäße Fortbildung des Satzes angesehen werden, wenn der Eigenthümer das Recht behält, die Sache von dem redlichen Erwerber durch Erstattung dessen, was dieser zur Erwerbung aufgewendet hat, auszulösen [206]).

Eine Gesammtbetrachtung der Rechtsbücher, Statuten und Gesetzbücher, in welchen sich der Satz des Sachsenspiegels, wenn auch zum Theil mehr oder minder modificirt, wieder findet, kann über den Gesichtspunkt, der hier obwaltet, keinen Zweifel übrig lassen. Er ist weder so singulärer Natur, wie Gerber und Andere annehmen, noch ist er aus einer Vermengung des Besitzes und der dinglichen Berechtigung hervorgegangen. Vielmehr hat man darin ein Institut von genereller Bedeutung zu sehen, das einem wirklichen Bedürfniß des Rechtslebens entspricht, und dieses Institut hat so wenig etwas Befremdendes, daß vielmehr, wenn es fehlte, es uns Wunder nehmen müßte, im deutschen Recht keine Ersitzung beweglicher Sachen zu finden.

---

205) Oesterr. u. Zürch. Gesetzb. a. a. O.; Preuß. Landr. I, 15, §. 25, 26.
206) Rev. Lüb. R. a. a. O. Art. 2; Zürch. Gesetzb., Preuß. Landr., a. a. O.

Berichtigungen.

S. 71, Z. 3 v. o. setze „weniger harte" statt „viel härtere."
„ 73, „ 1 „ „ „ „germanistischer" „ „germanischer."
„ 99, „ 7 „ „ „ „wie die vor dem Landgericht" „ „vor den Landgericht."
„ 104, „ 11 „ u. schalte ein „nicht" nach „auch."
„ 153, „ 4 „ o. „ „ „eine Gewere an Reallasten nicht kennt," nach „berührt ist."
„ 174, „ 10 „ „ „ „ „und" nach „Beklagten."

Druck von Theod. Höhm in Leipzig.

JUG LRW YSu
Untersuchungen uber das Sachen
Stanford Law Library
3 6105 044 703 697